Dott. BERNARDO WINDSCHEID
Consigliere intimo e Professore di Diritto Romano nella R. Università di Lipsia

DIRITTO DELLE PANDETTE

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA
sola consentita dall'Autore e dagli Editori, fatta sull'ultima Edizione Tedesca

DAGLI AVVOCATI

Prof. CARLO FADDA
dell'Università di Napoli

e **Prof. PAOLO EMILIO BENSA**
dell'Università di Genova

Arricchita dai traduttori di note e riferimenti al Diritto Italiano vigente

VOLUME TERZO
PARTE PRIMA

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
28 — Corso Raffaello — 28
NAPOLI — ROMA — MILANO
1904

BERNARDO WINDSCHEID

DIRITTO DELLE PANDETTE

VOLUME TERZO — PARTE PRIMA.

non si estinguono, meno certe eccezioni[1], i rapporti di diritto patrimoniale, ai quali partecipava come titolare o come obbligato; essi trapassano anzi in un'altra persona

---

diritti romano ed odierno, trattato sulle tracce di Haubold, 1827. Vering. *Diritto ereditario romano nella sua evoluzione storica e dogmatica* [römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwickelung], 1861. Tewes, *Sistema del diritto ereditario secondo il diritto romano odierno. Per uso accademico.* 1863. 1864. — Non mirano a scopi dogmatici le seguenti opere: di Dalwigk, *Saggio d'una esposizione filosofico-giuridica del diritto ereditario colla scorta del diritto romano, delle nuove legislazioni e di diversi statuti territoriali, con proposte di legge* [Versuch einer philosophisch = juristischen Darstellung des Erbrechts nach Anleitung des römischen Rechts, neuer Gesetzgebungen und mehrer Landesstatuten, mit Gesetzesvorschlägen], 3 vol. 1820-1822. Gans, *Il diritto ereditario nella evoluzione della storia universale.* 2° volume: *Il diritto ereditario romano nella sua posizione rispetto a quello anteriore e a quello postromano* [das Erbrecht in welt-geschichtlicher Entwickelung. 2 Band: das römische Erbrecht in seiner Stellung zu vor-und nachrömischen]. 1825. Lassalle, *L'essenza del diritto ereditario romano e germanico nella evoluzione storico-filosofica* [das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwickelung] (anche come 2° vol. del « *Sistema dei diritti acquisiti* » [« System der erworbenen Rechte »]). 1861. 2ª ed. 1881. Fr. Mommsen, *Progetto d'una legge dell'impero germanico sul diritto ereditario con motivi* [Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven]. 1876. (Su questo Roth, *Rivista letteraria di Jena* 1876 p. 639 sg., v. Scheel, *Annali di Hirth* 1877 p. 98 sg.). — Qui invece si deve ancora specialmente accennare che l'esposizione del diritto ereditario austriaco di Unger nel 6° volume del suo « *Sistema del dir. privato generale austriaco* » (1864) secondo il pregevole costume di questo scrittore, tiene nella massima considerazione anche il diritto romano, e che il manuale delle pandette di Vangerow nel suo 2° volume tratta del diritto ereditario con particolare predilezione ed estensione. Cfr. pur anche Gruchot, *Diritto ereditario prussiano in glosse al Diritto territoriale generale, sulla base romana e germanica, con riguardo alle moderne legislazioni* [Preussisches Erbrecht in Glossen zum Allgemeinen Landrecht, auf römischer und germanischer Grundlage, unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen]. 3 vol. 1865-1867. Pfaff ed Hofmann, *Commento al codice civile austriaco* 2° volume 1877-1883. Inoltre *Digressioni* [Excurse] 2° vol. 1-3 fascicolo 1878-1884. — L'opera di Unger, come pure i trattati di pandette, sono citati qui, come si è fatto finora, solamente col nome del loro autore. Della seconda edizione rifusa del trattato di Brinz è apparsa la prima parte del terzo volume, contenente le « successioni universali » nel 1886. [Dal sopra menzionato « *Sistema del dir. romano odierno* » di Köppen deve distinguersi il « *Sistema del dir. ered. odierno in forma di programma* », stampato solo come riproduzione di manoscritto. Würzburg 1867].

§ 527. (1) V. § 605 nota 5.

o in una pluralità d'altre persone. Le regole giuridiche, secondo le quali ha luogo questo trapasso, costituiscono il diritto ereditario.

II. L'eredità.

§ 528.

La suprema di queste regole giuridiche è, che per la morte dell'uomo il suo patrimonio non perde l'unità, che fin allora aveva avuto nella persona di lui, che esso trapassa come tale unità, e che quindi il nuovo acquirente entra nei rapporti giuridici del defunto nella loro qualità di parti costitutive di questa unità, non in ogni singolo come singolo[1]. Espresso più brevemente: la successione nei rapporti giuridici del defunto è una successione universale (I § 64 Num. 2)[2]. Ma per patrimonio qui non si deve intendere semplicemente il patrimonio attivo; del patrimonio, che dal defunto trapassa nel nuovo acquirente, fanno parte alla stessa maniera anche i debiti, per modo che il nuovo acquirente sopporta i debiti indipendentemente da che essi sieno o no coperti dal patrimonio attivo[3].

---

(1) Il nuovo acquirente subentra nei singoli elementi del patrimonio « *per universitatem* » (Gai. II. 97-99, § 6 I. *per quas pers.* 2. 9, l. 1 § 1 D. *de fundo dot.* 23. 5, l. 1 § 13 D. *quod leg.* 43. 3). Ciò che il morto lascia è una « *universitas* » (l. 208 D. *de V. S.* 50. 16), un « *iuris nomen* » (l. 119 *eod.*, l. 178 § 1 *eod.*), « *iuris intellectum habet* » (l. 50 pr. D. *de H. P.* 5. 3). V. pure l. 24 D. *de V. S.* 50. 16 (l. 62 D. *de R. I.* 50. 17), l. 3 § 1 D. *de exc. rei vend. et trad.* 21. 3, l. 3 pr. § 1 D. *de B. P.* 37. 1, l. 24 § 1 D. *de damno inf.* 39. 2, l. 9 § 1 D. *de edendo* 2. 13, l. 37 D. *de A. v. O. H.* 29. 2.

(2) L'idea della successione ereditaria universale è peculiare al diritto romano; il diritto tedesco non la conosce. V. i trattati del diritto privato tedesco di Beseler § 149 (4ª ediz. § 136), Gerber § 248. 249. La sua base è senza dubbio puramente pratica, non una « necessità metafisica », bensì il riguardo « anzitutto ai creditori celesti, e poi però anche a quelli terreni » (Brinz 1ª ediz. p. 660). V. pure Bruns nella *Enciclop. di v. Holtzendorff* I p. 363 (427. 454. 510). Cfr. nota 3 e 5.

(3) L. 119 D. *de V. S.* 50. 16. « *Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem* ». L. 8 pr. D. *de A. v. O. H.* 29. 2, l. 28 D. *de reb.*

La designazione tecnica per questo successore universale d'un defunto è EREDE; il patrimonio, che dal defunto trapassa in lui, è l'EREDITÀ[4].

Dal concetto della successione universale ereditaria si

---

auct. iud. 42. 5. Invero Giustiniano ha poco meno che abolita questa massima (§ 606).

(4) Sulle espressioni *Erbe* (erede) ed *Erbschaft* (eredità) cfr. il dizionario di Grimm ed I. Grimm, *Antichità giuridiche* [Rechtsalterthümer] p. 466. 479. Le espressioni latine sono « *heres* » ed « *hereditas* ». V. le citazioni alla nota 1 e cfr. § 7 I. *de her. qual.* 2. 19: « *veteres heredes pro dominis appellabant* ». *Festus s. v. heres*. Cfr. inoltre Huschke, *Mus. renano per la Giurispr.* VI p. 271 nota 23. — « *Hereditas* » designa però anche l'essere erede, la posizione giuridica, che l'erede come tale assume, c. d. significato soggettivo di *hereditas*. V. § 605 nota 10. — In senso stretto (e proprio) le espressioni *heres* ed *hereditas* si riferiscono soltanto alla successione di diritto civile. V. § 532. — Birkmeyer, *Sul patrimonio nel senso giuridico* [über das Vermögen im juristischen Sinn], Erlangen 1879, specialmente p. 254 sg., non nega, che la *hereditas* nel senso soggettivo abbracci anche la successione nei debiti; l'*heres* risponderebbe dei debiti come tale, nella sua qualità di *heres*. Ma egli contrasta, che anche l'*hereditas* in senso oggettivo comprenda i debiti; i debiti non sarebbero parte costitutiva, ma un onere della *hereditas*, e l'erede risponderebbe dei debiti non perchè egli nella *hereditas* abbia anche i debiti, ma in forza d'una disposizione positiva delle 12 tavole (l. 26 C. *de pact.* 2. 3, l. 7 C. *de act. her.* 4. 16, l. 1 C. *de exc.* 8. 35 [36]). Su ciò è da osservare quanto segue. Non può sottostare a dubbio, che il diritto romano non ha addossati all'erede i debiti per sottigliezza logica, per avventura così: l'erede riceve il patrimonio lasciato, nel patrimonio sono contenuti anche i debiti, quindi egli sopporta i debiti. D'altra parte rispetto alla menzionata disposizione « positiva » delle 12 tavole, anche astraendo dall'indagare se essa avesse effettivamente per oggetto il trapasso e non semplicemente la divisione dei debiti fra una pluralità d'eredi, la cosa non sarà stata diversa da quanto accade, rispetto ad altre simili disposizioni delle 12 tavole: questa disposizione non conteneva nulla di nuovo, ma diede espressione ad un diritto già vigente, e sussistente nella consuetudine. Checchè sia di ciò, colla massima sanzionata dalle 12 tavole i debiti sono stati in ogni caso connessi inseparabilmente col patrimonio attivo lasciato e con esso per la disciplina giuridica costituiscono una unità. Per questa unità abbisogniamo d'una designazione; noi usiamo per essa l'espressione *Erbschaft* (eredità). Se anche i Romani abbiano usata nella stessa maniera l'espressione *hereditas*, della quale è da concedere, che indica direttamente l'attivo lasciato, è una questione relativamente indifferente, ma una questione, la cui soluzione negativa è difficile di fronte a passi quali l. 119 D. *de V. S.* 50. 16, l. 59 § 1 D. *de I. D.* 23. 3, l. 28 D. *de reb. auct. iud.* 42. 5, l. 1-3 pr. D. *de B. P.* 37. 1. Cfr. anche Pernice, *Riv. crit. trim.* XXII p. 251 sg.

desume direttamente la massima, che nel caso d'una pluralità d'eredi, le quote dei singoli non possono essere altro, che parti aritmetiche (frazioni)[5].

Il concetto, che nel patrimonio e col patrimonio del defunto trapassi nell'erede la personalità giuridica patrimoniale di lui[6], non è da approvare[7].

---

(5) L'erede non riceve necessariamente tutto il patrimonio, ma egli riceve necessariamente il patrimonio come tutto. Il rapporto giuridico in caso di coeredità è analogo a quello della comproprietà (I § 169 *a*), salvochè la cosa comune qui è incorporale, là è corporale (I § 42 nota 6). — In caso di pluralità d'eredi si dividono quindi fra loro in frazioni anche i debiti del defunto. Se il patrimonio del defunto non trapassasse per successione universale, la quota di debiti per ogni acquirente dovrebbe anzitutto determinarsi mediante valutazione di ciò che gli è pervenuto.

(6) Così specialmente Puchta § 446. 447 e corrispondenti *Lezioni*, anche *Mus. Ren.* III p. 302-305; inoltre, fra gli altri, Jhering, *Dissertazioni* Nr. 3, v. Scheurl, *Contributi* Nr. 1, Arndts § 464 not. 1 § 521 not. 3 (questo però senza speciale energia), Keller § 456 in pr. ed in f. (il quale scrittore però non parla della personalità « giuridico-patrimoniale », ma della personalità « economica » di chi lascia l'eredità), Vering p. 65 sg., Neuner, *La « Heredis institutio ex re certa »* § 1. *Essenza e specie dei rapporti di dir. priv.* § 13 (specialmente p. 91). Cfr. pure Pfaff ed Hofmann, *Commento al cod. austr.* II p. 6 sg. Nei particolari questo concetto si trova elaborato ancora diversamente: e specialmente si mostra un contrapposto in ciò, che o la personalità di diritto patrimoniale di chi lascia l'eredità vien pensata anche come sopravvivente nell'erede, o che essa vien semplicemente sfruttata, per far passare il patrimonio all'erede, e viene abbandonata, tostochè essa ha prestato questo servizio. Quest'ultimo è il concetto di Jhering; della prima opinione sono Puchta, Scheurl ed Arndts, ed invero i due primi menzionati si raffigurano ad un tempo la personalità giuridico-patrimoniale dell'ereditando, trapassata nell'erede, come oggetto del diritto dell'erede, il che poi invero Arndts dichiara un eccesso. Contro l'indicato concetto si sono dichiarati fra gli altri Windscheid, *Rivista crit.* 1 p. 194 sg., Brinz 1ª ediz. p. 667 sg. 2ª ediz. III p. 3, Köppen, *L'eredità* p. 96 sg. e *Sistema* p. 234 sg., Unger § 2 nota 7, Bruns nella *Enciclop. di v. Holtzendorff* 2ª ediz. I p. 442 sg. (cfr. 4ª ediz. p. 512). Jhering e Scheurl l'hanno posteriormente abbandonata; v. il primo negli *Ann. per la dogm.* X p. 408 sg., il secondo nel suo *Trattato delle Istituzioni* § 26. 45. 183. — Quale sia la vera opinione di Northoff, *Rivista pel d. e per la proc. civ. N. S.* XX p. 391 sg., è difficile a dire: in ogni caso si può tralasciar di leggere questa dissertazione (cfr. pure Unger § 2 not. 9).

(7) Concepire la personalità giuridico-patrimoniale di chi lascia l'eredità come sopravvivente, vuol dire: concepire chi lascia l'eredità come sopravvivente

III. Vocazione all'eredità.

§ 529.

Per la domanda: a chi il patrimonio d'un morto trapassa? è in prima linea decisiva la disposizione nella debita maniera adottata da lui quando era in vita. Soltanto in mancanza d'una tale disposizione si fa luogo a chiamata per parte della legge (disposizione del diritto). Salvochè soltanto a favore di certe persone si inverte il rapporto:

---

nel rapporto giuridico-patrimoniale, e PERCHÈ deve egli concepirsi come sopravvivente, mentre pure in realtà è morto? — 1) Si dice: perchè il patrimonio non è un concetto oggettivo, ma soggettivo, esiste soltanto mediante una persona, che ne è il soggetto. Ma anche se ciò fosse esatto (cfr. § 531 nota 12), pure il patrimonio di chi lascia l'eredità riceve nell'erede, al quale esso trapassa, un nuovo soggetto; perchè non dovrebbe bastare questo soggetto? Se s'oppone: perchè per l'identità del patrimonio è richiesta identità del soggetto, si viene alla questione generale del rapporto del diritto al suo soggetto, per la quale è da rinviare a ciò che s'è detto di sopra, I § 49 nota 2. § 64 nota 6. La questione può quindi tutto al più essere, se per quel tempo posteriore alla morte di chi lascia l'eredità, in cui l'erede non ha ancora adito, la personalità di chi lascia l'eredità non debba pensarsi come sopravvivente; su ciò v. § 531 nota 12. — 2) Una dimostrazione sufficiente del concetto qui respinto non sta neppure in ciò, che nella Nov. 48 pr. la massima, che l'erede deve riconoscere la dichiarazione di chi lascia l'eredità sulla consistenza della stessa come sua propria dichiarazione, è portata a tale acutezza di espressione, da dire che l'erede costituisce in certa maniera una persona con chi lascia l'eredità (— « *cum... nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et eius qui in eum transmittit hereditatem* »); si dice però anche nella l. 34 pr. D. *de leg.* I° 30 di due legatari nominati insieme, che essi « *unius personae potestate funguntur* » (Unger § 2 not. 9), colla quale va confrontata la l. 59 D. *de R. I.* 50. 17: « *Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat* » (§ 605 nota 4). — 3) Nella l. 62 D. *de A. R. D.* 41. 1 e nella l. 1 § 1 D. *de fundo dot.* 23. 5 non è contenuto alcun altro concetto se non quello, che un divieto d'alienazione non è un divieto di successione ereditaria; cfr. pure l. 9 pr. § 1 D. *de re mil.* 49. 16, e v. su questo punto Windscheid, *Rivista crit.* I p. 198, Köppen, *L'eredità* § 22, Schirmer § 3 nota 43, Unger § 40 not. 7. — 4) Su altri argomenti, che si son fatti valere, v. Windscheid op. cit. p. 197, Brinz 1ª ediz. p. 669 sg. — In guisa singolare Mandry, *Il diritto patrimoniale comune della famiglia* I p. 117: l'essere erede sarebbe in prima linea *successio in locum mortui*, e soltanto in seconda linea successione nel patrimonio.

esse vengono dalla legge chiamate all'eredità sebbene vi sia una chiamata, che le esclude, fatta dal testatore. Quindi la CHIAMATA all'eredità o è una chiamata MEDIANTE LA VOLONTÀ DI CHI LASCIA L'EREDITÀ, O SENZA QUESTA VOLONTÀ, O CONTRO QUESTA VOLONTÀ[1].

La statuizione del testatore, colla quale egli si nomina un erede, si dice TESTAMENTO. Secondo il diritto odierno un erede può anche per via di contratto[2], di un CONTRATTO SUCCESSORIO[3], venir chiamato all'eredità[4].

---

(1) Come noi parliamo di chiamare (*berufen*), così le fonti parlano di *vocare*. § 529. *Lex vocat*, o *vocatur aliquis per legem*, *lege*, *ex senatus consulto*, *ex constitutione*, v. p. es. Gai. I. 165. II. 35. 167. 169. III. 36, l. 6 D. *de suis* 38. 16, l. 3 D. *de H. P.* 5. 3, l. 2 § 14 D. *ad SC. Tert.* 38. 17; *praetor, proconsul vocat*, p. es. l. 1 § 7 D. *de coniung.* 37. 8, l. 1 § 5 D. *si tab. test. nullae* 38. 6, l. 2 D. *unde cogn.* 38.8, l. 26 C. *fam. erc.* 3. 36; *testator vocat*, l. 65 [63] § 7 D. *ad SC. Treb.* 36. 1, l. 88 § 6 D. *de leg.* II° 31; *substitutio vocat*, Gai. II. 181, ma anche *substitutus vocatur* l. 19 pr. D. *de iniusto* 28. 3. È chiaro, e nella frase menzionata in ultimo apparisce immediatamente, che in fondo ogni chiamata è legale; la chiamata per parte di chi lascia l'eredità ha valore giuridico solamente in quanto essa viene riconosciuta dalla legge (diritto), in quanto la legge (diritto) se la appropria; la c. d. chiamata legale è una chiamata direttamente legale, la chiamata per parte di chi lascia l'eredità è indirettamente legale. Qui campeggia la stessa inesattezza dell'uso del linguaggio, come nell'acquisto del diritto in genere (I § 68 nota 1). V. pure l. 130 D. *de V. S.* 50. 16. « *Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege XII tabularum testamentariae hereditates confirmantur* ». Cfr. F. Behr, *La teoria delle cause di successione nel diritto ereditario Giustin.* [die Lehre von den Successionsgründen in Justin. Erbrecht], *Diss. inaug. di Friburgo* 1881. Brinz 2ª ed. III § 366 nota 1.

(2) Secondo il diritto romano qualsiasi chiamata contrattuale d'un erede non era valida, ai Romani appariva come in urto ai buoni costumi il vincolarsi relativamente al disporre di ciò che si sarebbe lasciato morendo. L. 15. 19 C. *de pact.* 2. 3, l. 34 [33] C. *de transact.* 2. 4, l. 5 C. *de pact. conv.* 5. 14. V. pure l. 61 D. *de V. O.* 45. 1. L'odierna validità della vocazione contrattuale dell'erede si fonda sopra un diritto consuetudinario tedesco generale, che si è formato in base ad un anteriore pensiero giuridico tedesco, di fronte al diritto romano ricevuto nella forma del diritto dei giuristi. V. le citazioni nella nota seguente.

(3) Testamento e contratto successorio non sono due diverse cause di chiamata, ma due forme fenomeniche d'una medesima causa di chiamata. Il testamento è unilaterale e quindi chiamata liberamente revocabile per parte di chi lascia l'eredità, il contratto ereditario è chiamata convenzionale e quindi irre-

L'erede chiamato dalla legge in mancanza d'una disposizione di chi lascia l'eredità si chiama EREDE LEGITTIMO O

---

vocabile per parte di chi lascia l'eredità. Questo punto di vista è stato rilevato ed accentuato più acutamente, di quanto finora si fosse fatto, nel recentissimo scritto sul contratto ereditario di G. Hartmann (*La teoria dei contratti ereditari e dei testamenti collettivi* [die Lehre von den Erbverträgen] und den gemeinschaftlichen Testamenten], 1860), però colla frammistione d'un elemento, a quanto mi pare, erroneo. Questo erroneo elemento consiste in ciò, che Hartmann smembra il contratto ereditario in due parti costitutive: 1) l'istituzione unilaterale d'erede; 2) la rinunzia contrattuale alla revoca della stessa. Con egual diritto si potrebbe smembrare la tradizione od il contratto produttivo di obbligazione: 1) nella dichiarazione unilaterale, che l'altro contraente abbia a diventare proprietario o creditore; 2) nella rinunzia contrattuale alla revoca di questa dichiarazione. La possibilità della revoca della dichiarazione contrattuale si perde, non per un contratto di rinunzia che l'accompagni, ma per l'accettazione che di questa dichiarazione faccia la controparte, e che riunendosi con essa costituisce appunto il contratto. Io non saprei perchè lo stesso concetto dovrebbe essere inammissibile pel contratto ereditario, e mi riesce difficile penetrarmi della argomentazione di Hartmann p. 2 sg. Il punto di partenza di Hartmann è, che mediante il contratto ereditario al chiamato non « sia acquisito subito un diritto fermo ». Certo non è acquisita una potestà giuridica attuale su cosa o persona; ma è ciò necessario al concetto del contratto? Al concetto del contratto è inerente, che la dichiarazione di volontà emessa dall'uno venga afferrata, tenuta ferma dalla dichiarazione dell'altro (I § 69); quale sia il contenuto di quella prima dichiarazione è indifferente pel concetto del contratto, come si è da lungo tempo riconosciuto, e non si scorge perchè essa non dovrebbe poter tendere proprio a ciò, che dopo la mia morte alcuno potrà, se vuole, diventare mio erede. In quanto il designato accetta questa dichiarazione, egli consegue, che non gli può più venire infirmata la posizione giuridica prospettata, e consegue con ciò appunto tanto « diritto immediato », quanto è richiesto al concetto del contratto. Però si sono pronunciati a favore della costruzione di Hartmann: Arndts (*Riv. austr. di Haimerl* VII p. 10 e *Pand.* 501 not. 5) ed Unger (§ 26 not. 3). Contro la stessa: Ruhwandl nella *Riv. giudiziaria tedesca* annata 1863 Nr. 26. 27, Schirmer § 5 nota 8 in f., Köppen, *Sistema* § 4 nota 50, Gerber § 257 nota 1, Beseler § 141 (3ª ediz. § 136) nota 4, Stobbe V p. 283, Roth, *D. civile bavar.* III § 331 nota 13, Hofmann nella *Riv. di Grünhut* III p. 666 sg. — Del rimanente anche di fronte al concetto qui sostenuto, resta vero ciò, che Hartmann accentua così energicamente come conseguenza del suo; ossia tanto che l'istituzione d'erede contenuta in un contratto ereditario relativamente alle presupposizioni della sua validità, come relativamente ai suoi effetti, in massima sia da giudicarsi secondo le regole dell'istituzione d'erede testamentario; quanto anche che, se il contratto ereditario non è valido come contratto, e l'istituzione d'erede in esso contenuta corrisponde invece ai requisiti d'una

INTESTATO[5], l'erede chiamato dalla legge contro la disposizione del testatore si chiama EREDE NECESSARIO[6].

---

istituzione testamentaria (p. es. contratto ereditario con forma testamentaria in caso di minore età di chi lascia l'eredità), l'istituzione contrattuale d'erede può venir mantenuta salda come unilaterale; con ciò non si oltrepassano i limiti della conversione lecita (I § 82 Num. 5). — Letteratura del contratto ereditario, oltre al citato scritto di Hartmann: Hasse, *Mus. Ren.* II p. 149 sg. 300 sg. III p. 1 sg. (1828. 1829). Beseler, *La teoria dei contratti ereditari* [die Lehre von den Erbverträgen], 2 vol. 1834. 1837. 1840. Buddeus nel *Diz. G.* IV p. 27-48 (1843). Dieck, *Enciclopedia di Ersch e Gruber* XL p. 394-431 (1841). Gerber § 257-264, Beseler § 141-145 (3ª ed. § 136-140), Stobbe V § 310-314, Roth, *D. civile bavar.* III § 330-336. Köppen, *Sistema* p. 285-288, Brinz 1ª ediz. § 189, 2ª ediz. III § 380, Unger § 26.

(4) Si deve distinguere dal contratto ereditario il contratto sulla eredità non ancora devoluta d'una persona viva. Questo contratto è invalido secondo il diritto romano come secondo quello odierno, a meno che il terzo avesse dato il suo consenso. L. 29 § 2 D. *de don.* 39. 5, l. 30 C. *de pact.* 2. 3; cfr. l. 2 § 2 D. *de vulg.* 28. 6: — « *improbum esse Julianus existimat eum, qui sollicitus est de vivi hereditate* ». Hasse (nota 3) II p. 218 sg., Beseler, *Contr. ereditari* II. 2 p. 328 sg., Köppen, *Sistema* § 4 nota 49 Nr. 2, *Tratt.* p. 61, Vangerow II § 396 osserv. Nr. II, Sintenis III § 159 not. 6, Stobbe V p. 296 sg., L. Avenarius, *La compra dell'eredità nel dir. romano* [der Erbschaftskauf im römischen Recht](Lipsia 1877) p. 26 sg. Seuff., *Arch.* II. 313, VIII. 153, XIII. 151, XVIII. 91, XXX. 44, XXXI. 249, XXXVII. 44 (Trib. dell'Imp., *Decis.* IV p. 125), [XVI. 264]. Però è sostenuta anche l'opinione, che col riconoscimento della validità del contratto ereditario l'indicato contratto sia similmente diventato valido, v. p. es. Eichhorn, *D. priv. ted.* § 341, Mittermaier, *D. priv. ted.* § 453, e conforme ad essa è sentenziato in Seuff., *Arch.* I. 252, XIII. 44, XIV. 216, XX. 51, XXXII. 256. [Dernburg III p. 258 vuole che si guardi nel singolo caso se vi sia appunto un'immoralità.] Contratto sulla eredità d'un assente: Seuff., *Arch.* XXXVIII. 37. — È un'altra questione, se col riconoscimento della validità dei contratti ereditari non sia abrogata la massima del diritto romano, che chi lascia l'eredità non possa vincolarsi neppure in via di obbligazione nella libertà di disposizione su ciò che lascierà (l. 61 D. *de V. O.* 45. 1, l. 4 C. *de inut. stip.* 8. 38 [39]). e tale questione io credo sicuramente di dover risolvere in senso affermativo. Però anche su questo punto le opinioni divergono. V. Hasse II p. 206 sg., Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXVIII p. 209 sg., Beseler, *Contr. ereditari* II. 2 p. 61 sg. 315 sg., Hartmann p. 116 sg.. Unger § 24 not. 6, Köppen, *Sistema* § 4 nota 49 Nr. 1, *Trattato* p. 62 lett. *b*, Stobbe V § 302 nota 19-21. Seuff., *Arch.* IX. 48, XXIII. 121. [*Sent. del Trib. dell'Imp.* XIX. 232 (= Seuff., *Arch.* XLIII. 277)].

(5) Le fonti contrappongono alla *testamentaria hereditas* la *intestati hereditas*, la *hereditas quae ab intestato defertur, obvenit.* Cfr. p. es. Ulp. XXV. 1, Gai. II. 99, § 6 I. *per quas pers.* 2. 9, l. 39 D. *de A. v. O. H.* 29. 2. Le espressioni *legitimus*

Una efficace chiamata all'eredità non si verifica prima della morte di chi lascia l'eredità[7], ma essa non si verifica necessariamente subito colla morte di chi lascia l'eredità[8].

IV. Devoluzione ed acquisto dell'eredità.

§ 530.

Se esiste una efficace vocazione all'eredità in favore di una determinata persona, si dice, che ad essa è DEFERITA, DEVOLUTA l'eredità[1]. Ma la devoluzione di regola non rende ancora il chiamato subito erede, anzi è soltanto per via di una dichiarazione di volontà emessa dal chiamato, che questi deve di regola ACQUISTARE l'eredità[2]. A questa regola

---

heres, *legitima hereditas* hanno però nelle fonti anche una particolare relazione alla legge delle dodici tavole, per modo che allora i *sui heredes*, il cui diritto ereditario nelle dodici tavole era soltanto presupposto, ma non particolarmente pronunciato, vengono opposti ai *legitimi heredes*. Cfr. Schirmer § 5 nota 1.

(6) Cfr. § 530 nota 3 e § 575 nota 3.

(7) Una efficace chiamata all'eredità: il FATTO della chiamata alla eredità, nel caso di chiamata per volontà dell'ereditando, è ad ogni modo esistente già prima della morte di chi lascia l'eredità, ed anche quanto alla chiamata legale, non è etimologicamente inesatto, il dire del più vicino parente, già prima della morte dell'ereditando, che egli è chiamato alla eredità di costui. Del resto è una rilevante facilitazione dell'esposizione lo intendere per chiamata alla eredità, là dove il nesso non indica espressamente il contrario, una chiamata immediatamente efficace, E DI QUESTA LIBERTÀ VERRÀ FATTO USO NEL SEGUITO.

(8) Chi lascia l'eredità si è nominato un erede sotto una condizione ancora pendente. Il chiamato all'eredità è ancora nel corpo materno.

§ 530. (1) L'espressione *defertur hereditas* è conforme alle fonti: il sostantivo *delatio hereditatis* non si presenta nelle fonti. Oggidì si parla affatto usualmente di delazione d'eredità. Ed invero la maggior parte usa questa espressione come sinonima di chiamata alla eredità. In contrario Puchta § 448 e corrispondenti *Lez.*; v. anche Köppen, *Sistema* p. 299. Questa opposizione è legittima solamente quando per chiamata alla eredità non s'intende semplicemente una chiamata efficace (§ 529 nota 7). — Sopra un senso affatto particolare, che Northoff, *Ann. per la dogm.* V p. 190 sg. annette alla espressione « delazione », v. § 597 nota 5 in f.

(2) Cfr. l. 151 D. *de V. S.* 50. 16. « *Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi* ».

v'ha una eccezione soltanto a favore dei discendenti, che sono stati nella potestà immediata di chi lascia la eredità[3].

V. L'eredità giacente*.

§ 531.

Poichè secondo quanto s'è testè detto può aversi una eredità, senza che per essa esista già un erede[1], diventa necessario determinare il rapporto giuridico, nel quale l'eredità si trova in questo frattempo[2]. Per designare l'eredità in questo frattempo, si usa l'espressione indicata nel titolo[3].

---

(3) Essi sono secondo la designazione romana *necessarii heredes*, la quale espressione quindi non può venire scambiata colla nostra espressione erede necessario [Notherbe] (§ 529 nota 6).

(*) Savigny, *Sistema* II § 102 (1840). Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XLIII p. 40-77 (1843). Arndts nel *Diz. G.* IV p. 2-6 (1843). Jhering, *Dissertazioni di diritto romano* Nr. 1 (1843). v. Scheurl, *Contributi alla elaborazione del diritto romano* Nr. 1 (1853). Pagenstecher, *Riv. crit. di Heidelberga* I p. 21-36 (1853). Windscheid, *Prospetto crit.* I p. 181 sg. (1853). Kuntze, *L'obbligazione, ecc.* p. 376-384 (1856). Windscheid, *L'actio, ecc.* p. 233-238 (1856). Köppen, *L'eredità* (1856). Schmidt (d'Ilmenau), *La personalità dello schiavo secondo il diritto romano* [die Persönlichkeit des Sclaven nach röm. Recht] (*Programma accad.* 1868) p. 41 sg. Jhering, *Ann. per la dogm.* X p. 408 sg. (1871). Pernice, *Labeone* I § 358-375 (1873). Marcusen, *La teoria della hereditas iacens nel suo nesso coll'antica usucapio pro herede* (1883). (Su questo *Riv. centrale di letteratura di Lipsia* 1883 p. 1479, Freund, *Riv. della fond. Sav.* VI p. 280, Pfersche, *Riv. crit. trim.* XXVII p. 319). Vering p. 65 sg. 89 sg., Köppen, *Sistema* § 2. *Trattato* § 2, Schirmer § 3, Unger § 7, Brinz 1ª ediz. § 154. 155, anche p. 1000 sg. 2ª ediz. III § 364, Arndts § 465.

(1) Perchè subito colla morte di chi lascia l'eredità non è intervenuta una (efficace) chiamata (§ 529 nota 8), o perchè il chiamato non ha ancora acquistata l'eredità (§ 530 nota 2). § 531.

(2) Secondo l'intitolazione data a questo capitolo, non dovrebbe propriamente parlarsi di ciò in questo luogo; la vera sede di questa teoria sarebbe il sesto capitolo. Però ciò che in essa si deve dire contribuisce alla illustrazione del concetto dell'eredità (§ 548), e con ciò si giustifica questa piccola inesattezza nella distribuzione.

(3) Le fonti dicono: *hereditas iacet.* L. 1 D. *de B. P. fur.* 37. 3, l. 1 pr. D. *de*

La determinazione in questione può direttamente riescire soltanto a ciò, che l'eredità giacente, poichè essa ha perduto il suo padrone anteriore, e non ne ha ancora acquistato uno nuovo, è intanto appunto senza padrone[4], ma che con ciò nel resto nulla vien mutato nella sua posizione giuridica, e che quindi i diritti e le obbligazioni ad essa pertinenti non perdono nè la loro esistenza[5], nè la loro unità come patrimonio[6], e che questo patrimonio conserva anche la capacità d'ampliarsi mediante diritti ed obbligazioni che gli si aggiungono *ex novo*, in quanto la formazione di diritti e d'obbligazioni è possibile, senza che essi nascano per una persona fisica[7]. Effettivamente questo concetto nelle fonti è risolutamente sostenuto[8].

---

succ. ed. 38. 9, l. 4 § 17 D. *de fideic. lib.* 40. 5, l. 13 § 5 D. *quod vi aut clam* 43. 24. Può non essere superfluo l'osservare, che la suindicata espressione tedesca (*die ruhende Erbschaft*, l'eredità quiescente) non corrisponde esattamente a questa espressione delle fonti. Poichè l'espressione latina non vuole accentuare l'inerzia dell'eredità, come se essa coll'essere acquistata si mettesse in una particolare azione, ma il concetto, sul quale essa si fonda, è semplicemente quello d'un giacere senza essere raccolta. Però neppure altre espressioni, che si potrebbero usare, sono scevre di biasimo. L'espressione « eredità non acquistata » desterebbe il concetto, che qui manchi sempre soltanto l'acquisto, mentre può mancare anche la chiamata; l'espressione « eredità priva d'erede » non verrebbe a dire, che qui si tratta d'una eredità, che aspetta il suo erede.

(4) Cfr. l. 1 pr. D. *de succ. ed.* 38. 9: — « *ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent* », e v. la nota seguente.

(5) In caso d'eredità giacente le cose ereditarie sono invero *res nullius, nullius in bonis, sine domino* (Gai. II. 9 [l. 1 pr. D. *de D. R.* 1. 8], l. 13 § 2 D. *ad leg. Aq.* 9. 2, l. 9 D. *de naut. foen.* 22. 2, l. 65 [64] D. *de her. inst.* 28. 5, l. 13 § 5 D. *quod vi aut clam* 43. 24, l. 6 D. *exp. her.* 47. 19), i debiti ereditari senza debitore (l. 11 pr. D. *de pec. const.* 13. 5, l. 9 D. *de naut. foen.* 22. 2, cfr. pure l. 10 D. *ut leg.* 36. 3), e similmente i crediti ereditari senza creditore; cfr. pure l. 3 § 6 l. 21 [22] D. *de neg. gest.* 3. 5. Ma non perciò sono le cose ereditarie fuori del diritto (l. 36 D. *de stip. serv.* 45. 3: — « *nec potest relictus videri, qui universo hereditatis iure continetur* »), i debiti ereditari ed i crediti ereditari non vengono meno (l. 11 pr. D. *de pec. const.* 13. 5: — « *debita pecunia constituta est* », l. 10 D. *ut leg.* 36. 3: — « *quia omnimodo dari oportet legatum* »).

(6) L. 36 D. *de stip. serv.* 45. 3 (nota 5): — « *universo hereditatis iure* ».

(7) L. 20 § 3 D. *de H. P.* 5. 3: — « *hereditas et augmentum recipit et deminutionem* ». L. 178 § 1 D. *de V. S.* 50. 16, l. 3 § 6 D. *de neg. gest.* 3. 5. V. inoltre l. 40 D. *de usurp.* 41. 3; l. 13 § 2 D. *ad leg. Aq.* 9. 2, l. 13 § 5 D. *quod vi aut*

Accanto a questo concetto però nelle fonti se ne trova ancora un altro. Come in altri casi per diritti ed obbligazioni prive di soggetto si è trovato un soggetto in via artificiale, colla personificazione d'una cosa impersonale, così è avvenuto anche qui. E poichè non si presentava altro da potersi personificare, si è personificata l'eredità stessa e fu fatta essa stessa soggetto dei suoi propri diritti ed obbligazioni, di quei diritti ed obbligazioni, dei quali essa consta e senza i quali essa non esisterebbe[9]. In altri termini: si è elevata l'eredità a persona giuridica[10].

---

cl. 43. 24, l. 1 § 6 D. *de iniur.* 47. 10; l. 20 [21] § 1 D. *de neg. gest.* 3. 5; l. 9 D. *de naut. foen.* 22. 2, l. 77 D. *de V. O.* 45. 1; l. 68 § 1 D. *de leg.* I° 30, l. 55 § 1 D. *de leg.* II° 31, l. 11 § 2 D. *de accept.* 46. 4, l. 29 D. *de capt.* 49. 15.

(8) V. i frammenti delle tre note precedenti. — Jhering, *Ann. per la dogm.* X p. 408 sg. non tanto ammette durante la giacenza dell'eredità la persistenza dei diritti, quanto piuttosto della parte passiva dei diritti (cfr. I § 65 nota 9).

(9) Si dice della eredità, che essa è « domina », l. 31 § 1 D. *de her. inst.* 28. 5, l. 1 § 1 D. *si is qui test.* 47. 4; « *dominus habetur* », l. 13 § 2 D. *ad leg. Aq.* 9. 2; « *pro domino habetur* », l. 61 pr. D. *de A. R. D.* 41. 1; « *domini loco habetur* », l. 15 pr. D. *de interrog.* 11. 1; « *dominae locum obtinet* », l. 13 § 5 D. *quod vi aut cl.* 43. 24; « *personam domini sustinet* », l. 9 C. *dep.* 4. 34. Si dice inoltre, che l'eredità « *personae vice fungitur* », cioè che essa tiene il luogo d'un individuo umano (I § 49 nota 5), l. 15 pr. D. *de usurp.* 41. 3, l. 22 D. *de fidei.* 46. 1.

(10) Ciò negano Savigny, Köppen, Brinz nella 1ª ediz., anche Sohm, *Istituzioni* p. 327. 328 (2ª ediz. p. 372. 373). Savigny trova invero nel diritto romano la finzione, che l'eredità rappresenti una persona (od il morto, v. nota 12); ma con ciò essa non sarebbe riconosciuta come persona giuridica, e anche quella finzione sarebbe stabilita semplicemente per agevolare l'acquisto dello schiavo, e quindi pel diritto odierno essa non avrebbe più alcun valore. Il riferimento della finzione limitato all'acquisto dello schiavo, che certamente è inesatto, è respinto da Köppen; ma anche egli trova nelle fonti soltanto l'espressione del pensiero, che per l'eredità sia possibile l'acquisto e la perdita alla stessa maniera, come per il proprietario (o pel morto) e che essa intanto rappresenti il proprietario (od il morto). Concorda Brinz 1ª ediz. p. 665. 666. Mi pare impossibile, di fronte ai passi allegati nelle note 9 e 12, trattenersi dal riconoscere, che i Romani abbiano riguardata l'eredità giacente come ciò che noi (certo non essi) chiamiamo una persona giuridica. Che l'eredità è una persona giuridica di maniera speciale, una persona giuridica, che non è nulla fuori di ciò che essa ha, e che ha, per usare una espressione di Brinz (p. 1000 sg.), soltanto per custodire, non per spendere, è palmare. Ma da ciò non segue, che

Al sin qui detto deve ancora aggiungersi quanto segue.

1. Quando nella costituzione di rapporti giuridici riguardanti l'eredità vengono in questione qualità della persona acquirente, che presuppongono una personalità umana: si deve allora semplicemente starsene a ciò, che l'eredità non possa punto avere tali qualità, o si deve mirare alla persona di chi ha lasciata l'eredità, o viceversa a quella del chiamato all'eredità? Il diritto romano si è deciso nel senso che debba porsi mente alla persona di chi ha lasciata l'eredità[11]. Ciò si esprime così: l'eredità rappresenta, raffigura il defunto[12].

---

essa non sia una persona giuridica in genere; essa vien pure nella l. 22 D. *de fidei.* 46. 1 equiparata proprio ai comuni. V. attualmente anche Brinz nella 2ª ediz. § 364 [il quale però considera come sustrato della personificazione non il patrimonio ereditario, ma la futura successione ereditaria]. Sul concetto di Sohm v. nota 14 in f. Del resto questa controversia è in pratica estremamente infeconda. Poichè un diritto per la persona giuridica come tale non v'è (I § 58), e che la capacità giuridica dell'eredità giacente sia per avventura da misurarsi secondo le regole delle corporazioni o delle fondazioni, non lo afferma nessuno, come poi le fonti dichiarano espressamente che la mancanza in essa di personalità umana è la ragione dell'incapacità ad avere un usufrutto (l. 26 D. *de stip. serv.* 45. 3, l. 1 § 2 D. *quando dies ususfr* 7. 3, l. 16 § 1 D. *quando dies leg.* 36. 2), essa appunto perciò non può avere possesso (— « *quae facti est et animi* », l. 1 § 15 D. *si is qui test.* 47. 4, cfr. Seuff., *Arch.* III. 348, v. del resto anche *ib.* XIV. 102 ed Unger § 7 not. 20, Arndts § 465 not. 2), e non si presenta alcuna traccia di ciò, che essa potesse venire nominata erede o le potesse venir fatto un legato, v. anche II § 454 Nr. 4. — Scheurl, al quale assente Schirmer (p. 22), opina, che l'eredità giacente sia bensì una persona fittizia, ma non una persona giuridica. Neppure per questa distinzione io vedo alcuna ragione, cfr. Windscheid op. cit. p. 190. — V. pure Unger op. cit. not. 8. 11, Arndts op. cit. not. 1. 2, Gierke, *Diritto dell'associazione* III p. 104, Pfaff ed Hofmann, *Commento al codice civile* I p. 32 sg.

(11) L. 33 § 2 l. 34 D. *de A. R. D.* 41. 1; § 2 I. *de her. inst.* 2. 14; pr. I. *de stip. serv.* 3. 17, l. 31 § 1 D. *de her. inst.* 28. 5, l. 116 § 3 D. *de leg.* I° 30. Per una svista i compilatori hanno accolto anche un frammento nel quale si dice, che l'eredità rappresenta l'erede futuro, l. 24 D. *de nov.* 46. 2, anzi persino un frammento, nel quale è sostenuto il punto di vista accennato per il primo, l. 55 § 1 D. *de leg.* II° 31 (v. del resto su questo frammento anche Schirmer § 3 nota 43 in f.), v. pure l. 20 [21] § 1 D. *de neg. gest.* 3. 5. — La questione aveva pei Romani interesse specialmente a causa del requisito del *commercium* per

2. Mediante l'acquisto dell'eredità, il chiamato diventa successore giuridico dell'eredità o del defunto? Al diritto romano non è apparso naturale, che l'erede avesse ad acquistare l'eredità dalle mani dell'eredità stessa, e quindi lo dichiara successore giuridico del defunto e non della eredità. Ma con ciò si trovò costretto a dare alla successione giuridica dell'erede in ordine al tempo una posizione

---

le specie d'acquisto civili; ma essa neppure oggidì manca affatto di praticità. Si pensi p. es. a ciò, che in qualche luogo la cittadinanza è ancora condizione dell'acquisto della proprietà fondiaria. V. pure Köppen, *Sistema* p. 213. 218 sg. *Trattato* p. 50. 51.

(12) *Hereditas defuncti personam, defuncti vicem, defuncti personae vicem sustinet; defuncti personae vice fungitur; defuncti locum obtinet.* V. i passi citati nella nota precedente. — È assai diffusa l'opinione (Puchta § 447 e *Lezioni* corrisp., Pagenstecher, Kuntze, Vering, Neuner, *Essenza e specie dei rapp. di dir. priv.* p. 93, questi del resto non interamente concordanti, prima appartenevano a questo novero anche Jhering e Scheurl [§ 528 nota 6], v. inoltre Savigny, *Sistema* I p. 381), che vero soggetto dei diritti e delle obbligazioni appartenenti ad una eredità giacente, come dell'eredità stessa, sia la personalità giuridico-patrimoniale del defunto pensata come sopravvivente, e si è creduto di trovare nelle suindicate espressioni delle fonti una diretta attestazione a favore di questo concetto. Assai a torto. In quelle espressioni non si accenna punto alla personalità, e tanto meno a che l'eredità appartenga alla personalità del morto; esse vogliono semplicemente dire, che l'eredità raffigura il defunto nella sua manifestazione (persona) corporale, come se egli ancora vivesse, che quindi essa per l'acquisto del diritto (astraendo da eccezioni — « *in multis partibus iuris, in plerisque* », l. 61 D. *de A. R. D.* 41. 1, l. 15 D. *de usurp.* 41. 3, pr. I. *de stip. serv.* 3. 17) è trattata, come egli stesso sarebbe trattato, se non fosse morto. V. pure l. 41 D. *de R. C.* 12. 1 (vv. *quodsi stipulatus quoque esset* cett.), l. 18 § 2 D. *de stip. serv.* 45. 3: l. 3 § 6 D. *de neg. gest.* 3. 5, l. 15 pr. D. *de in diem add.* 18. 2; l. 2 § 18 D. *de H. v. A. V.* 18. 4, l. 1 § 4 D. *de stip. serv.* 45. 3. La ragione ultima, propriamente determinante, di quel concetto è invero l'opinione, che i diritti e le obbligazioni, tanto come singoli quanto come patrimonio, non potrebbero concepirsi senza soggetto, e che quindi, dove un soggetto manca, debba crearsene uno mediante una operazione mentale. V. invece Windscheid, Schirmer, Unger loc. cit., e cfr. pure I § 49 nota 2. (Del resto neppure Schirmer vuol completamente abbandonare l'idea della sopravvivente personalità del defunto, v. p. 21. 22). Una ragione affatto nuova si trova in Neuner loc. cit., consistente nell'affermare che già in vita dell'uomo il vero soggetto dei suoi diritti ed obbligazioni non sia tanto egli stesso, quanto piuttosto il suo patrimonio ideale, cioè la sua capacità patrimoniale o la sua personalità giuridico-patrimoniale. V. I § 42 nota 3.

diversa da quella che essa ha in realtà, ed a retrotrarla al tempo della morte dell'ereditando[13]. A questa retrotrazione, provocata solamente dall'indicato concetto, non può attribuirsi valore pratico[14].

VI. Hereditas e bonorum possessio*.

§ 532.

Come per lo svolgimento dell'intiero diritto romano, così in ispecie anche per quello del diritto ereditario romano, venne assumendo una profonda importanza l'atti-

---

(13) L. 54 D. *de A. v. O. H.* 29. 2. « *Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte testatoris successisse defuncto intellegitur* ». L. 138 pr. D. *de R. I.* 50. 17. « *Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur* ». L. 193 D. *de R. I.* 50. 17, l. 28 § 4 D. *de stip. serv.* 45. 3.

(14) Cfr. di fronte ai passi menzionati nella nota precedente: l. 8 D. *de R. C.* 12. 1: — « *heredis a die aditae hereditatis videntur nummi fuisse* »; l. 1 § 6 D. *de iniur.* 47. 10: — « *hereditati et sic heredi per hereditatem adquiri* »; l. 80 D. *de leg.* II° 31: — « *ut... recta via dominium quod hereditatis fuit ad legatarium transeat* ». Per un rapporto soltanto alcuni giuristi romani hanno tentato di sfruttare la menzionata massima anche praticamente, per salvare cioè la validità d'una stipulazione fatta da uno schiavo dell'eredità in nome dell'erede futuro, però anche qui con decisa contraddizione d'altri. L. 28 § 4 l. 35 D. *de stip. serv.* 45. 3 — l. 16 l. 18 § 2 D. *eod.*, l. 27 § 10 D. *de pactis* 2. 14. — Del resto le opinioni sul senso e sulla portata pratica della menzionata regola sono divergenti. Cfr. Puchta, *Lez.* II p. 297, Jhering p. 167 sg., Scheurl p. 51 sg., Windscheid p. 198 sg., Köppen, *Eredità* p. 123 sg. *Ann. per la dogm.* V p. 181 sg. XI p. 205 sg. *Trattato* p. 273 sg., Schirmer p. 67 sg., Unger § 6 not. 4, Arndts § 521 not. 1. Sohm, *Istituzioni* p. 327. 328 (2ª ediz. p. 372. 373) vede nella indicata regola la soluzione di tutte le difficoltà: soggetto dei diritti e delle obbligazioni sarebbe subito alla morte dell'ereditando l'erede; per fermo ciò sarebbe vero soltanto dopo avvenuta l'adizione dell'eredità, ma allora l'erede sarebbe stato il soggetto fin da principio. Io vedo una aperta contraddizione in ciò, che alcuno diventi soggetto di diritti e d'obbligazioni bensì soltanto ad un certo istante, ma che se egli lo è diventato, lo sia già stato prima (È STATO, dice Sohm, non: è concepito come soggetto).

(*) Lo scrittore principale sulla *bonorum possessio* è Leist, il quale ha trattato di questa teoria in due opere: 1) *La bonorum possessio, la sua evoluzione storica e il suo valore odierno* [die Bonorum possessio, ihre geschichtliche

vità del pretore. Il pretore non poteva però per la sua posizione concedere un vero DIRITTO EREDITARIO[1]; egli poteva, se voleva passar sopra al diritto civile, soltanto mediante la sua giurisdizione porre in essere quello stato di fatto, che, in caso di diritto ereditario effettivo, avrebbe dovuto aver luogo[2]; quindi la posizione giuridica da lui attribuita si chiama *bonorum possessio*, in opposizione alla *hereditas* come diritto ereditario concesso dal diritto civile[3-4].

Entwickelung und heutige Geltung], 2 vol. 1844. 1848. — 2) *Spiegazione delle pandette secondo Hellfeld, serie dei libri* 37 *e* 38 [Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, serie der Bücher 37 und 38], volumi 1-3, 1870-1875. Sul volume 1° cfr. Hartmann, *Riv. crit. trim.* XIII p. 531 sg. V. inoltre: v. Löhr, *Magazz. per la GP. e la legislaz.* III p. 216-353 (1818. 1819). IV p. 149-158 (1820). 403-471 (1844). Fabricius, *Origine ed evoluzione della bonorum possessio fino al cessare dell'ordo iudiciorum privatorum* [Ursprung und Entwickelung der bonorum possessio bis zum Aufhören des ordo iudiciorum privatorum] (1837). Huschke, *Ann. per la GP. tedesca* annata 1839 p. 1-34. S. I. Hingst, *Commentatio de bonorum possessione* (1838). Vering p. 557-563, Köppen p. 22 sg. 282 sg., Schirmer § 7, Vangerow II § 398-400, Brinz 2ª ediz. III § 359-362.

(1) Gai. III. 32. « *Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt; nam praetor heredes facere non potest* ». Ulp. XXVIII. 12, § 2 I. *de B. P.* 3. 9. § 532.

(2) Il chiamato dal pretore « *loco heredis constituitur* » (Gai. III. 32, Ulp. XXVIII. 12, § 2 I. cit.), egli è « *velut heres* » (l. 1 D. *de poss. H. P.* 5. 5), il pretore lo tratta per ogni riguardo come se egli fosse l'erede effettivo. L. 117 D. *de R. I.* 50. 17. « *Praetor bonorum possessorem heredis loco in omni causa habet* ». L. 2 D. *de B. P.* 37. 1. « *In omnibus... vice heredum bonorum possessores habentur* ». Perciò il successore pretorio ha le cose ereditarie in proprietà bonitaria (Gai. III. 80) e le azioni dell'eredità vengono date a lui e contro di lui come *actiones ficticiae* (Gai. IV. 34, Ulp. XXVIII. 12). *Hereditatis petitio possessoria*, Dig. 5. 5; accanto ad essa vi è un particolare mezzo giuridico pel conseguimento delle cose (corporali) ereditarie, l'*interdictum quorum bonorum*. Gai. IV. 114, § 3 I. *de interd.* 4. 15. V. pure l. 1 l. 3 pr. § 1. 2 D. *de B. P.* 37. 1.

(3) In senso lato *hereditas* comprende anche la *bonorum possessio*. L. 138 D. *de R. I.* 50. 17. « *Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur* »: L. 1 C. *unde liberi* 6. 14, l. 23 § 5 D. *de aed. ed.* 21. 1. « *Hereditas honoraria* »: l. 1 C. *de sec. nupt.* 5. 9.

(4) Relativamente alla storia della *bonorum possessio* stanno di fronte due opinioni principali. Secondo l'una, il pretore romano nella concessione della *bonorum possessio* avrebbe fin da principio tenuto dietro allo scopo di completare e modificare la successione dello *ius civile* (così specialmente, con divergenza nei particolari, Savigny, *Riv. per la GP. stor.* V p. 14 sg., Schirmer,

— Il pretore romano non si è però limitato a deferire la *bonorum possessio* a quelle persone, che non avevano un effettivo diritto ereditario; egli nell'ordinamento della sua *bonorum possessio* ha accolti anche i chiamati dal diritto civile[5], per modo che questo ordinamento indicava contemporaneamente in maniera direttamente riconoscibile la posizione, che egli voleva attribuire ai chiamati da lui all'eredità di fronte agli eredi civili[6].

Nel diritto Giustinianeo il valore della *bonorum possessio* è straordinariamente scemato. Colla legislazione dell'epoca imperiale la maggior parte di quelle persone, che prima potevano pervenire alla successione soltanto per la via

---

Huschke, Köppen); secondo l'altra, la *bonorum possessio* diventa soltanto nella successiva evoluzione un nuovo ordinamento della successione ereditaria, mentre lo scopo originario della concessione della *bonorum possessio* sarebbe stato affatto diverso: — il regolamento dello stato di possesso nella controversia ereditaria (così specialmente Fabricius, Hingst, Vangerow, con particolare atteggiamento Brinz); il provvedere l'erede civile d'un mezzo di celere conseguimento del possesso dell'eredità (v. Löhr); il rendere possibile la chiamata successiva fra gli eredi civili nel loro interesse proprio come nell'interesse dei creditori dell'eredità (Leist). V. il prospetto in Schirmer p. 88 sg., Vangerow § 398, Danz, *St. del diritto rom.* 2ª ediz. II p. 141-152. La prima di queste opinioni mi pare quella che ha le maggiori ragioni per sè; il che certo qui non si può svolgere più diffusamente.

(5) Gai. III. 34, Coll. XVI. 3 c. 5, § 1 I. *de B. P.* 39. Gai. l. c. — « *quibus casibus beneficium eius in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is qui ita bonorum possessionem petit, interdicto, cuius principium est ' quorum bonorum ', uti possit; alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet iure civili* ».

(6) Se l'erede civile precedente nell'ordine della *bonorum possessio* non vi faceva ricorso, essa allora trapassava bensì al successivo erede pretorio, ma di fronte alla vocazione del diritto civile non attribuiva effettivamente l'eredità; essa era *bonorum possessio sine re.* Gai. III. 35-38. II. 119. 148-149, Ulp. XXVIII. 13. Se l'erede civile equiparato ad un erede pretorio nell'ordine della *bonorum possessio* non vi faceva ricorso, la *bonorum possessio* per l'erede pretorio era in parte *sine re*, in parte *cum re.* L. 14 pr. D. *de B. P. c. t.* 37. 4, l. 15 § 2 D. *de leg. praest.* 37. 5, l. 10 D. *de coll. bon.* 37. 6. Però ciò che qui è detto sul rapporto fra *hereditas* e *bonorum possessio* non è incontroverso (Fabricius p. 106 sg. 208 sg., Vangerow § 399). Cfr. Leist, *Bonorum possessio* I p. 225 sg. II. 1 p. 259 sg. *Commento alle pandette* I p. 343 sg. II p. 93 sg., Schirmer p. 77-79.

della *bonorum possessio*, hanno conseguito un diritto ereditario civile, e nei pochi casi ancora restanti della *bonorum possessio*[7] il contrapposto fra essa e l'*hereditas* non esplica più la sua efficacia in una diversità fra la posizione giuridica dell'*heres* e quella del *bonorum possessor* (la quale diversità era stata anche prima soltanto formale e da lungo tempo, assieme all'antitesi fra il diritto civile ed il diritto pretorio in genere, era diventata una anticaglia[8]), ma soltanto ancora nella particolarità delle disposizioni sull'acquisto della *bonorum possessio*[9]. Quanto al diritto odierno, non è troppo ardito affermare che anche quest'ultima particolarità ha perduto il valore pratico[10].

Dalla qui indicata specie di *bonorum possessio* va ben distinta un'altra. Le fonti parlano cioè di *bonorum possessio* anche in quei casi, nei quali si tratta soltanto di una provvisoria immissione nel possesso, di fronte alla quale l'effettivo diritto all'eredità resta ancora in questione[11]. Queste provvisorie immissioni in possesso formano senza contrasto una parte costitutiva anche del diritto oggidì vigente.

---

(7) V. § 563 nota 5 sg. 9, § 565 nota 7, § 570 nota 2.

(8) Cfr. pure Schirmer § 7 note 15-17.

(9) V. § 596 nota 8, § 598 nota 1.

(10) V. § 596 nota 9, § 598 nota 2.

(11) Così p. es. se l'erede chiamato non è ancor nato, o se il suo diritto ereditario gli è contrastato in base alla impugnativa della sua paternità, ed egli non è ancora pubere. In questi casi però nelle fonti invece che di *bonorum possessio* si parla anche di *missio in possessionem*. V. Capitolo IV. — La *bonorum possessio* era accordata in questi casi con un particolare decreto del pretore (*b. p. decretalis*), essa non poteva semplicemente assumersi in base all'editto (*b. p. edictalis*). Cfr. l. 1 § 7 D. *de succ. ed.* 38. 9, l. 1 § 4 D. *si tab. test. nullae* 38. 6. La *b. p. decretalis* non si limitava del resto a questi casi, v. p. es. l. 4 D. *de coniung.* 37. 8. Sul contrapposto fra *b. p. edictalis* e *decretalis* in genere v. Schirmer p. 81 sg. e gli scrittori ivi citati, Leist, *Bonorum possessio* II. 1 p. 309 sg. II. 2 p. 345 sg. *Commento alle pandette* II p. 264 sg.

VII. Il legato.

§ 533.

La necessità d'una successione universale nel patrimonio del morto non esclude la possibilità d'una successione particolare che l'accompagni. Anzi per disposizione del testatore possono esser sottratti singoli elementi alla universalità del patrimonio ed assegnati ad una persona diversa dall'erede[1]. La denominazione di una tal disposizione, come pure di ciò che mediante essa è elargito, è LEGATO (*Vermächtniss*). Il legato si è svolto presso i Romani in due forme diverse; la differenza fra le stesse è stata abolita da Giustiniano[2-3].

Ordinamento della materia seguente.

§ 534.

L'ordinamento della materia che segue è assai semplice. Si tratterà anzitutto dell'eredità, poi del legato. La teoria dell'eredità si occupa delle due questioni: 1. Come alcuno diventa erede? 2. Quale è la posizione giuridica di chi è diventato erede? Il diventar erede presuppone: *a*) la vocazione, *b*) l'acquisto. Questi diversi punti verranno trattati in altrettanti capitoli, senza che nell'ordinamento esteriore si esprima la subordinazione dell'uno all'altro. In un ultimo capitolo sono poi ancora da illustrare alcuni punti accessori (*a*).

---

§ 533. (1) Anche qui (cfr. § 528 nota 5) vale la massima, che il « patrimonio come tutto » e « tutto il patrimonio » sono concetti diversi.

(2) Le denominazioni di queste due forme sono *legatum* e *fideicommissum*. I maggiori particolari v. nel capitolo V. Ivi pure anche (§ 623) la più precisa determinazione del concetto di legato.

(3) In casi isolati avviene pure, che per disposizione di legge sia sottratta all'erede qualche cosa a favore d'un'altra persona; si parla in questi casi d'un legato legittimo. V. § 570 nota 8, § 572 nota 9, § 584 nota 2.

CAPITOLO II.

DELLA VOCAZIONE ALL'EREDITÀ

I. Della vocazione in generale.

A. *Presupposizioni della vocazione.*

§ 535.

La vocazione all'eredità[1] presuppone: 1) nella persona dell'ereditando la morte[2]; 2) nella persona di chi dev'essere chiamato: *a*) l'esistenza al tempo della morte dell'ereditando, e se il caso che determina la chiamata ha luogo dopo la morte di lui[3], l'esistenza al tempo del verificarsi del caso che determina la chiamata; *b*) la capacità di essere erede.

---

(1) Per vocazione qui s'intende vocazione efficace. V. § 529 nota 7 in f. § 535

(2) L. 1 D. *de H. v. A. V.* 18. 4. l. 27 D. *de A. v. O. H.* 29. 2. Sul momento della morte d'un assente v. I § 53 nota 1. Successione a chi entra in un monastero incapace di possedere? Cfr. Hellmann, *Il diritto ereditario comune dei religiosi* [das gemeine Erbrecht der Religiösen] (Monaco 1874) p. 80 sg., Singer, *La soppressione delle restrizioni sussistenti pei regolari nel commercium mortis causa secondo il d. com. ed austr.* [die Behebung der für Ordenspersonen bestehenden Beschränkungen im Commercium mortis causa nach gem. u. österr. R.] (Innsbruck 1880) p. 5. 26 sg. — La nullatenenza del defunto non esclude di per sè la chiamata all'eredità, la rende soltanto priva d'oggetto; bene invece è esclusa la chiamata alla eredità dalla incapacità patrimoniale del defunto, cioè dalla nullatenenza giuridicamente necessaria. Per questa ragione però nel diritto odierno è esclusa soltanto la successione alle persone appartenenti agli ordini monastici, c. 7 C. 19 *quae.* 3, c. 2 X. *de test.* 3. 26, cfr. c. 2. 6 X. *de statu mon.* 3. 35. Cfr. gli scritti testè citati di Hellmann e Singer, Roth, *D. civile bavar.* III p. 200 sg. 221 sg. I figli sotto patria potestà già secondo il diritto giustinianeo non sono più incapaci di patrimonio, e quindi soltanto relativamente all'acquisto avventizio non si succede ad essi in forza di vocazione derivante dalla volontà loro propria. V. II § 516. 517.

(3) Questo caso si verifica: *a*) colla chiamata in base alla volontà dell'ereditando, se l'istituzione d'erede è condizionale (nel che rientra anche il caso del-

1. Esistenza negli indicati momenti. Basta l'esistenza nel seno della madre, nel senso che la chiamata del concepito vien sospesa fino alla sua nascita[4]. Chi invece al tempo della morte dell'ereditando non esisteva almeno nel seno materno, non è chiamato[4a], sebbene egli esista al tempo del caso che determina la vocazione[5]. Similmente non è chiamato chi al tempo del caso che determina la vocazione non esista più, anche se esisteva al tempo della morte dell'ereditando[6].

2. Capacità di essere erede[7]. Per le persone fisiche la capacità di essere erede forma la regola; le disposi-

---

l'istituzione di chi sarà generato in un tempo futuro, nota 5), e se la condizione dell'istituzione al tempo della morte dell'ereditando non si è ancora verificata (§ 554 nota 1); *b*) colla chiamata legittima, se al tempo della morte dell'ereditando esiste un testamento valido, che più tardi diventa invalido od inefficace (§ 569 nota 1) o se esiste un erede *ab intestato* da chiamarsi in prima linea, che non acquista l'eredità (§ 573).

(4) V. I § 52 nota 3 e 4, l. 10 D. *de ventre* 37. 9, l. 3 D. *de B. P. s. t.* 37. 11. In altri termini: basta la nascita entro 10 mesi dopo la morte dell'ereditando. V. I § 56*b* nota 3.

(4*a*) L. 1 § 8 D. *unde cogn.* 38. 8.

(5) L. 6 pr. i. f. D. *de iniusto* 28. 3, l. 6. 7. 8 pr. D. *de suis* 38. 16, § 8 I. *de her. quae ab int.* 3. 1. Di div. op. relativamente alla vocazione testamentaria, nel senso, che anche un erede da generarsi dopo la morte dell'ereditando debba potersi validamente istituire, Mayer, *Dir. ereditario* I § 16 nota 7, [Dernburg III p. 103] e v. pure le citazioni in Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXIX p. 414 not. 9 e cfr. Scherer, *Ann. per la dogm.* XXIII p. 423 sg.; relativamente alla successione *ab intestato* giusta la Nov. 118: Glück, *Successione ab intestato* [Intestaterbfolge] p. 583 sg., Löbenstern, *Riv. pel d. e per la proc. civ.* IX p. 215 sg., Schirmer § 10 nota 157 in f. § 15 nota 41, [Dernburg III p. 272]. Seuff., *Arch.* VIII. 63, XXV. 246. V. in contrario Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXIX p. 406-423, Büchel, *Controversie nascenti dalla* [Streitfragen aus] *Nov.* 118 p. 2-17, Arndts, *Diz. G.* IV p. 680 e nella *Cont. di Glück* XLVI p. 407, Köppen, *Sistema* § 5 nota 4. 38. *Trattato* p. 68 nota 1, Vangerow II § 411, § 429 not. 3 (p. 84), Sintenis III § 162 not. 6, Arndts § 471 not. 1, *Fogli per l'applic. del d.* XLIX p. 194 sg.; anche Schirmer § 4 nota 2. Seuff., *Arch.* IX. 309. V. pure § 571 nota 1 seconda metà.

(6) V. § 554 nota 1, § 557 nota 2.

(7) Schirmer § 4, Köppen, *Sistema* § 5. *Trattato* § 3 Nr. II, Vering p. 249 sg., Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXIX p. 117 sg. Sintenis III § 160, Vangerow II § 404, Brinz § 177.

zioni, colle quali il diritto romano ha sottratta a singole classi delle stesse tale capacità in tutto od in parte, o è pacifico che non sono oggidì più applicabili[8], o non è pacifico che lo siano, ed in ogni caso non sono molto estese[9-10].

---

(8) Si riferisce a questo punto l'incapacità di succedere degli schiavi e dei peregrini, ed anche quella inflitta come pena (l. 6 § 2 D. *de her. inst.* 28. 5, l. 1 C. *eod.* 6. 24; l. 13 D. *de B. P.* 37. 1, l. 25 § 3 D. *de A. v. O. H.* 29. 2, l. 3 pr. § 1 D. *de his quae pro non scr.* 34. 8); inoltre l'incapacità degli eretici e degli apostati (l. 4. 5. 19 C. *de haer.* 1. 5, l. 3. 4 C. *de apost.* 1. 7, *Auth. Frid.* II. *Credentes* C. *de haer.* 1. 5). V. 1 § 55 e cfr. Schirmer p. 33-36.

(9) Entrano in questa categoria le seguenti disposizioni: *a*) Le vedove, che violano l'anno di lutto, non potrebbero succedere in forza di testamento a nessuno, e in forza di legge soltanto ai parenti fino al terzo grado. L. 1 C. *de sec. nupt.* 5. 9, Nov. 22 c. 22, Nov. 39 c. 2. L'odierna applicabilità di questa disposizione è assai dubbia. V. II § 512 nota 2. 4. — *b*) La stessa incapacità colpirebbe la madre, tutrice dei suoi figli, che passa a seconde nozze, senza avere per essi domandato un tutore ed avergli rimesso, previo resoconto, il patrimonio dei figli. Nov. 22 c. 40, Nov. 94 c. 2. Anche di questa disposizione si afferma da molti la inapplicabilità in diritto odierno, Schirmer loc. cit. nota 34, Köppen, *Sistema* nota 34, in f. *Trattato* p. 63; in contrario p. es. Vangerow I § 227 osserv. 1 in f., v. Löhr, *Mag. per la GP. e la legislazione* III p. 523, Strippelmann, *Decisioni*, ecc. V p. 218 sg. — *c*) Chi trascura per un anno di domandare un tutore per un impubere non potrebbe, se l'impubere muore prima di aver raggiunta la pubertà, ereditare da lui nè per legge nè in forza d'una sostituzione pupillare. V. II § 433 nota 38, ove è già osservato, che l'odierna applicabilità anche di questa disposizione non è incontroversa. Ad ogni modo oggidì, di fronte all'aumentata ingerenza dell'autorità che esercita la superiore tutela, il caso si presenterà ancora a stento. Köppen, *Sistema* p. 305. *Trattato* p. 63. — *d*) I figli del colpevole d'alto tradimento sarebbero affatto incapaci di succedere, le figlie di colpevoli d'alto tradimento riceverebbero soltanto la legittima dalla eredità materna (cfr. Fitting, *Riv. per la St. del D.* IX p. 433). L. 5 C. *ad leg. Jul. mai.* 9. 8. Questa disposizione è concepita quale pena dell'alto tradimento, e quindi, secondo l'opinione sostenuta alla nota 4 del § 326 vol. II, oggidì inapplicabile: Cod. pen. (germ.) § 80 sg. Anche già prima del codice penale dell'impero se ne affermava dai più la inapplicabilità. Cfr. Mühlenbruch p. 246, Schirmer nota 28, Köppen, *Sistema* nota 8. 33, Sintenis not. 1, Vangerow Nr. 4 Holzschuher II § 133 nota 4*a*. — *e*) Per la stessa ragione, per cui è inapplicabile la disposizione menzionata alla lett. *d*, lo è oggidì anche quella, per cui a persone conviventi in unione incestuosa, nè può succedere l'una d'esse, nè lo possono i figli generati da questa unione, nè quelli dei loro parenti legittimi, che hanno cooperato col consiglio a tale unione. L. 6 C. *de incest. nupt.* 5. 5. V. Cod. pen. (germ.) § 173. Sulla questione se questa disposizione non fosse già prima stata abrogata dalla Nov. 12, v.

Quanto alle persone giuridiche, il diritto romano ha attribuita[10a] la capacità di succedere al fisco[11], ai comuni[12], alle chiese ed istituti ecclesiastici[13], alle fondazioni[14]; non invece alle altre corporazioni, che devono ottenere la capacità di succedere mediante un particolare privilegio[15], nè all'eredità giacente[16].

Wächter, *Arch. per la prat. civ.* XVII p. 434 sg., Mühlenbruch XXXIX p. 339 sg. Vangerow Nr. 4, Köppen, *Sistema* § 5 not. 37, Brinz 2ª ediz. III § 383 nota 26, e le osservazioni nelle anteriori edizioni (prima della quinta) di questo *Trattato*.

(10) Fuori dei casi d'incapacità di succedere menzionati in precedenza, vi sono ancora alcuni casi di parziale incapacità di specie affatto particolare. Ma poichè questi si riferiscono esclusivamente alla successione per causa di ultima volontà, se ne tratterà più acconciamente soltanto nella teoria della vocazione per atto d'ultima volontà. V. § 550.

(10 *a*) Il punto di partenza del diritto romano era, che le persone giuridiche siano incapaci a succedere. Anche Ulpiano dice (*Fragm.* XXII. 5): « *Nec municipium nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant* ». *Plinius epist.* V. 7. « *Nec heredem institui nec praecipere posse rempublicam constat* ». Cfr. su ciò e su quanto segue Brinz 1ª ediz. p. 1084 sg.

(11) La capacità di succedere del fisco nelle fonti è presupposta come cosa che s'intende di per sè. Cfr. Schirmer § 4 nota 10.

(12) L. 12 C. *de hered. inst.* 6. 24. Cfr. Ulp. XXII. 5. l. 66 § 7 D. *de leg.* II° 31, l. 6 § 4 D. *ad SC. Treb.* 36. 1, l. 1 § 1 D. *de lib. univers.* 38. 3; l. 27 [26] D. *ad SC. Treb.* 36. 1. Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXIX p. 423 sg; Schirmer § 4 nota 11. Relativamente allo svolgimento storico cfr. pure Binding, *Riv. per la st. del d.* VIII p. 293 e sg; Brinz 2ª ediz. III p. 54. 535, Pernice, *Labeo* I p. 283 sg.

(13) L. 1 *C. de ss. eccl.* 1. 2, Nov. 131 c. 9 (ove la restituita l. 26 *C. de ss. eccl.* vien ripetuta quanto al suo contenuto essenziale). — Cfr. Ulp. XXII. 6. « *Deos heredes instituere non possumus praeter eos, quos senatusconsulto constitutionibusve principum instituere concessum est* ». Mühlenbruch op. cit. p. 442 sg., Schirmer § 4 nota 8. — Capacità di succedere d'una diocesi vescovile? Seuff., *Arch.* XXII. 246 (*Riv. per l'applic. del d.* XXII p. 280 sg.). Sulla capacità di succedere del Capitolo di un Duomo v. *Riv. per l'applic. del d.* XXXII p. 327 sg. 337. sg.

(14) L. 23 C. *de ss. eccl.* 1. 2. Mühlenbruch op. cit. p. 448 sg., Schirmer § 4 nota 9. Sulla questione, se mediante istituzione d'erede possa costituirsi una fondazione non ancora esistente, v. § 549 Num. 2.

(15) L. 8 C. *de hered. inst.* 6. 24. « *Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est* ». Su e contro la affermazione, che Giustiniano mediante la c. d. *constitutio de incertis personis*

La capacità di succedere deve in tema di vocazione legittima sussistere al tempo del verificarsi del caso di vocazione[17], e d'allora in poi non interrottamente fino all'acquisto dell'eredità[18]; quanto alla chiamata per volontà dell'ereditando, v. § 549, 570.

B. *Effetto della vocazione.*

§ 536.

L'effetto regolare della vocazione all'eredità è, che essa pone il chiamato nella possibilità giuridica di rendersi erede mediante la sua dichiarazione di volontà[1]; eccezio-

---

(parzialmente restituita come l. un. C. *de incert. pers.* 6. 48) abbia attribuita ad ogni corporazione lecita la capacità di succedere, v. Mühlenbruch op. cit. p. 434 sg., Heimbach, *Riv. pel d. e per la proc. civ. N. S.* V p. 69 sg. Vangerow II § 429 osserv. 3 (p. 85), Köppen § 5 nota 50. Nell'epoca anteriore l'opinione, che ogni corporazione riconosciuta dallo Stato possegga capacità di succedere, era prevalente nella dottrina e nella pratica. V. Mühlenbruch XXXIX p. 442. XL p. 66 not. 10, Beseler § 65 (3ª ediz. § 66) nota 2, Schirmer § 4 not. 10. In contrario Sintenis I § 15 not. 46, Köppen, *Sistema* § 5 nota 40. *Trattato* p. 67 nota 1. Una conciliazione cerca Arndts, *Diz. G.* III p. 914 e *Pand.* § 471 not. 3: l'opinione che la capacità di succedere faccia parte degli attributi regolari di una corporazione riconosciuta, ha tanto signoreggiata *ab antiquo* la dottrina e la pratica, che nel riconoscimento d'una corporazione per parte dell'autorità dello Stato nel dubbio è giustificato il trovare anche una concessione della capacità di succedere. Ultimamente Brinz 1ª ediz. p. 1090, 2ª ediz. III p. 54: se può farsi una istituzione d'erede per uno scopo di comune utilità, può anche istituirsi una corporazione avente scopo di comune utilità. [Dernburg p. 103: la evoluzione storica a partire dal medio evo avrebbe condotto a rendere senz'altro le persone giuridiche capaci di essere eredi.]

(16) V. § 531 nota 10 verso la f. Sulla questione, se l'istituzione d'un'eredit giacente s'abbia a mantener salda come istituzione dell'erede futuro, la quale questione secondo me non va risoluta in senso affermativo, v. da una parte Arndts, *Diz. G.* IV p. 5 nota 28 e *Pand.* § 471 not. 3, dall'altra Schirmer § 4 nota 16, Unger § 14 not. 7.

(17) V. § 569.

(18) L. 1 § 4 D. *ad SC. Tert.* 38. 17. *Paul. sentent.* IV. 10 § 3.

(1) L. 151 D. *de V. S.* 50. 16. « *Delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi* ». Gai. II. 169: — « *qui... heres institutus est quique ab*

nalmente essa rende subito erede il chiamato[2]. Tale possibilità giuridica, che si può non disacconciamente chiamare diritto ereditario, sebbene questa designazione di fronte all'ambiguità dell'espressione non si raccomandi come tecnica[3], non è in massima, come diritto sommamente personale, nè trasmissibile, nè alienabile[4]. Però il diritto romano non ha applicato questo principio inflessibilmente. Ma di ciò si tratterà più acconciamente in un altro ordine d'idee[5].

---

intestato per legem vocatur, sicut voluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur ».

(2) V. § 595.

(3) Meno per ciò, che anche il complesso delle regole giuridiche sul destino del patrimonio d'un morto si chiama diritto ereditario (§ 527), che non per ciò che l'espressione « diritto ereditario » ha una pari legittimità etimologica, come per la posizione giuridica del chiamato ad una eredità, anche per la posizione giuridica di colui che è già effettivamente diventato erede. Infatti la terminologia dominante usa l'espressione come tecnica per quest'ultima posizione giuridica, mentre Brinz (1ª ediz. § 152 in pr., 2ª ediz. § 358 in pr.) l'applica come tecnica appunto per la facoltà di rendersi erede mediante dichiarazione di volontà. Così anteriormente anche Köppen (*Sistema* p. 250 sg. *Successione* p. 91 sg. *Ann. per la dogm.* V p. 127 sg. 183 sg.) il quale attualmente (*Trattato* p. 10. 11. 18) segue la terminologia dominante e designa la possibilità giuridica di rendersi erede, come « legittimazione ereditaria ». Cfr. pure Arndts p. 16-18, Unger § 2 not. 10. 14. Quanto alla terminologia delle fonti, nel § 2 I. *de reb. corp.* 2. 2 *ius hereditatis* (invece di cui nella l. 1 § 1 D. *de D. R.* 1. 8, nel resto affatto corrispondente, si dice *ius successionis*) non indica, come ritiene Köppen, il diritto risultante dalla chiamata, ma il diritto dell'erede (v. specialmente Unger op. cit. nota 11), e l'espressione *ius hereditarium* si presenta più di frequente nelle fonti per designare quest'ultimo diritto, v. § 605 nota 9. Dall'altra parte Teofilo definisce sicuramente lo *ius hereditatis* del paragrafo delle *Istituzioni* come diritto all'acquisto (il che invero negano Arndts ed Unger), e nella l. 20 § 4 D. *de A. v. O. H.* 29. 2 con « *ius heredis* » non può indicarsi che la posizione del chiamato.

(4) Köppen (*Eredità* 92 sg. *Ann. per la dogm.* V p. 127 sg. 183 sg. *Sistema* p. 257 sg.) annovera il diritto nascente dalla chiamata fra i diritti di famiglia. Contro questo concetto, e a quanto mi pare con ragione, si è già dichiarato Unger § 6 not. 1.

(5) V. § 600. 601.

C. *Cause di vocazione.*

§ 537.

Le cause di vocazione sono, come è già stato indicato nel § 529: la chiamata da parte dell'ereditando, mediante testamento o contratto ereditario, e la legge. Anche il rapporto di queste cause di vocazione fra loro è già stato indicato al ricordato punto: la chiamata per parte della legge ha luogo (di regola) soltanto in mancanza di una disposizione del defunto. Qui devesi ancora aggiungere, che secondo il diritto romano la disposizione dell'ereditando esclude la vocazione legale per la sua esistenza (giuridica), non per il suo contenuto; che essa, quando è limitata nel suo contenuto, non lascia per avventura spazio alla vocazione legale, là dove essa non si spinge: principio della esclusività della vocazione testamentaria[1]. La sua applicazione principale questo principio la trova nel caso, in cui il defunto ha disposto soltanto d'una parte di ciò che lascia, nel qual caso gli eredi legittimi non sono meno esclusi anche per l'altra parte[2]; ma alla stessa

---

(1) Thibaut, *Dissertazioni di diritto civile* Nr. 5 (1814). Huschke, *Museo Ren.* VI p. 257 sg. (1834). Mühlenbruch, *Continuazione di Glück* XXXVIII p. 337 sg. XL p. 142 sg. XLII p. 82 sg. (1835. 1838. 1841). Dworzak, *Riv. trim. austr. di Haimerl* VIII p. 8 sg. (1861). Vering p. 437 sg. Schirmer p. 52 sg. Köppen, *Sistema* p. 13. 273 sg. *Trattato* p. 87 sg. Vangerow II § 397 osserv., Sintenis III § 172 not. 9. Letteratura ulteriore fra gli altri in Vangerow e Schirmer. § 537.

(2) § 5 I. *de hered. inst.* 2. 14: — « *neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest* ». L. 7 D. *de R. I.* 50. 17: « *Ius nostrum non patitur, eundem in paganis* (v. nota 4) *et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturalis inter se pugna est* ». Sul fondamento di questa massima si è discusso e contrastato all'infinito; v. i prospetti in Mühlenbruch XXXVIII p. 145 sg., Huschke p. 259 sg., Schirmer nota 49, ultimamente Hölder, *Contributi alla storia del diritto ereditario rom.* [Beiträge zur Geschichte des röm. Erbrechts] p. 153 sg. (1881), Hofmann, *Studi critici di diritto rom.* p. 106 sg. (1885). Una idea ovvia è, che questa massima abbia la sua base in

maniera l'indicato principio rende la successione degli eredi legittimi impossibile anche nel caso, in cui chi lascia l'eredità ha limitata la sua statuizione mediante una condizione o un termine[3]. L'eccezione, che il diritto romano fa a questo principio pel testamento dei soldati[4], oggidì

---

una interpretazione letterale delle 12 tavole, che chiamano gli eredi intestati: « *si intestato moritur* » (Ulp. XXVI. 1); chi aveva testato, sebbene soltanto sopra una parte dell'eredità, non era punto *intestatus*, per modo che quindi la « *naturalis pugna* » dovrebbe riferirsi non ad un contrasto reale, ma ad una contraddizione logica. Così effettivamente Thibaut op. cit., Jhering, *Spirito del d. rom.* II p. 482 sg., Brinz 1ª ediz. p. 771. 2ª ediz. III p. 75, Mommsen, *Illustrazioni* I p. 70, Schmidt, *Diritto form. degli eredi necessari* p. 1 nota 3. Anch'io credo, che questa interpretazione abbia cooperato; ma la vera base non può esserlo stata, perchè l'esclusività della chiamata testamentaria si esplica alla stessa maniera di fronte ad un testamento anteriore, come di fronte alla chiamata *ab intestato* (§ 565). Un'altra spiegazione assai in voga, che invero è presentata in configurazioni assai diverse (Huschke, Mühlenbruch, Vering, Dworzak, Schirmer) è desunta dall'unità dell'eredità, sebbene questa unità manifestamente escluda soltanto la scissione in singole parti costitutive, ma non la divisione in quote. Hofmann op. cit. cerca la spiegazione nell'idea della « rappresentazione » dell'ereditando, in quanto egli contemporaneamente rileva che la ragione della *validità* della istituzione in una parte sia il *favor testamenti*, cioè il favoreggiamento della successione testamentaria. Cfr. § 552 nota 1. Considerazioni pratiche fanno valere Rudorff sulle *Lez.* di Puchta § 448 nota 4, Jhering, *Spirito del d. rom.* III p. 140 sg., Köppen op. cit., Bruns nella *Encicl. di v. Holtzendorff* I p. 364 (428. 455. 511), Hölder op. cit. p. 162.

(3) In caso d'una istituzione d'erede sotto condizione o termine sospensivi, gli eredi legittimi non vengono neppure ammessi prima dell'avverarsi della condizione o del termine, nel caso d'una istituzione d'erede sotto condizione o termini risolutivi, neppure dopo l'avverarsi della condizione o del termine. V. § 554 nota 1. 18, § 555. Cfr. l. 57 [56] D. *de her. inst.* 28. 5, l. 41 pr. D. *de test. mil.* 29. 1 (Hofmann op. cit. p. 126). Del resto è da osservare, che queste massime per essere spiegate non abbisognano di quel principio, esse si spiegano anche in base ad un altro principio del diritto romano, cioè che la qualità d'erede una volta assunta non può nuovamente cessare (§ 554 nota 18). È anche senza dubbio più naturale, dedurre l'inefficacia della condizione e termine risolutivi da quest'ultimo principio, in quanto qui l'inefficacia si verifica anche quando per il tempo successivo è chiamato un altro erede dallo stesso ereditando; per la condizione e termine sospensivi invece potrebbe essere a proposito il contrario. Cfr. § 554 nota 1, § 555 nota 1.

(4) V. § 552 nota 9, § 553 nota 14, § 554 nota 20, § 555 nota 2. L'applicabi-

non vige più in Germania[4a]. Ma a seguito dell'intervento del diritto stesso, può assai bene avvenire, che ad alcuno si succeda ad un tempo per legge e per ultima volontà[5]. Ed un'altra questione è, se la volontà effettiva di chi lascia l'eredità non possa indirettamente adempirsi con ciò, che all'erede istituito s'imponga l'obbligazione di restituire l'eredità, in quanto egli non è istituito, agli eredi legittimi[6].

Così il diritto romano, il cui valore di diritto comune a torto viene contrastato[7]. Ma ciò che vale pel testamento romano, non vige ugualmente per l'odierno contratto ere-

---

lità della regola al testamento d'un figlio di famiglia sul suo *peculium castrense* o quasi castrense è studiata nella *Diss.* di L. Moses, Breslau 1883.

(4a) Essa è abrogata dalla legge militare dell'impero del 2 maggio 1874 § 44. Ivi è disposto, che i privilegi dei militari relativamente alle loro disposizioni d'ultima volontà consistono « solamente » nella forma privilegiata ammessa dal § stesso. La proposta di cancellare questa disposizione venne respinta dal Reichstag, Resoconti stenografici 1874. I° Sessione vol. II p. 881 sg. Cfr. Mandry p. 584 (3ª ediz. p. 530).

(5) Così se un erede necessario escluso, che propone azione d'impugnativa, riesce vittorioso contro uno degli eredi istituiti, e non contro l'altro. L. 15 § 2 D. *de inoff.* 5. 2: — « *credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum, et ideo pars hereditatis in testamento remansit; nec absurdum videtur pro parte intestatum videri* ». Cfr. specialmente Schirmer p. 55-62 e § 584 nota 20 sg. Un caso interessante relativo a questo punto, in Seuffert, *Arch. per la pratica civ.* III p. 219 sg. — Quindi la formola della regola in Cic. *de inventione* II. 21 (« *Unius..... pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset* ») è troppo generale.

(6) V. al riguardo § 552 nota 3 sg., § 553 nota 6 sg.

(7) Così da Mühlenbruch XXXVIII p. 79 sg. e dagli ivi citati. Mühlenbruch stesso invero ritira la sua affermazione, ib. p. 345. Effettivamente non si può provare un diritto consuetudinario derogante. Köppen, *Sistema* p. 289 nota 54. Schirmer p. 63 nota 37, Sintenis III § 172 nota 9; Hartmann, *Contratti ereditari* p. 63 nota 1. Però pel diritto odierno la questione, se nella istituzione d'erede per una parte dell'eredità debba trovarsi secondo l'intenzione del testatore una chiamata all'eredità, e non piuttosto semplicemente la disposizione d'un legato, va assai più risoluta nel senso dell'ultima alternativa, di quanto lo si potesse fare secondo il diritto romano. Cfr. § 546 nota 8, § 552 nota 8, § 553. [Dernburg III p. 100. 163 scorge nell'istituzione di erede in una parte una tacita istituzione degli eredi legittimi nell'altra parte e la tiene per valida.]

ditario. Anzi mediante il contratto ereditario resta esclusa la vocazione legale solo fin dove arriva la volontà dell'ereditando[8] (*b*).

II. Della vocazione per testamento*.

A. *Concetto del testamento.*

§ 538.

Testamento[1] è quella disposizione d'ultima volontà[2], nella quale è contenuta la nomina d'un erede[3]. Il testamento può oltre alla istituzione d'erede contenere ancora

---

(8) Così la comune opinione. Köppen, *Sistema* p. 289 nota 54, Beseler § 143 (3ª ediz. § 138) Nr. VI, Gerber § 258 in f., Stobbe V § 311 Nr. VI. *Sent. del Trib. dell'Imp.* XI p. 217. Di div. op. Hartmann, *Contratti ereditari* p. 63 sg.; contro di lui Arndts nella *Riv. trim. austr. di Haimerl* VIII p. 278 sg.

(*) Della vocazione testamentaria in particolare (cfr. § 527 nota *) trattano: Rosshirt, *Diritto ereditario testamentario presso i Romani* [testamentarisches Erbrecht bei den Römern], 2 parti 1840. Heimbach nel *Diz. G.* X p. 713-1049 (1856).

§ 538. (1) *Testamentum* è giusta il senso letterale il risultato del *testari*, cioè della invocazione dei testimoni adibiti all'atto della confezione dell'ultima volontà. Gai. II. 104, Ulp. XX. 9. Un giuochetto etimologico nel pr. I. *de test. ord.* 2. 10. « *Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est* ». Cfr. *Gell. N. A.* VI. 12.

(2) D'ultima volontà nel senso proprio della parola, in quanto il testamento sussiste giuridicamente soltanto quando esso contiene effettivamente la espressione dell'ultima volontà del testatore, per modo che colla confezione di un nuovo testamento, l'anteriore diventa senz' altro caduco. Inesattamente anche il contratto ereditario, che non può più essere annullato da una posteriore decisione della volontà, si chiama disposizione d'ultima volontà. Cfr. l. 19, C. *de test.* 6. 23: — « *cum hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demum firmum sit, si ultimum comprobatur, nec contra iudicium suum defunctus postea venisse detegitur* ».

(3) L. 20 D. *De iure cod.* 29. 7: — « *Julianus ait, tabulas testamenti non intellegi, quibus heres scriptus non est, ut magis codicilli quam testamentum existimandae sint* ». L. 14 C. *de test.* 6. 23: — « *Non codicillum sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio et exheredatio facta probant evidenter* ». Quindi la definizione nella l. 1 D. *qui test.* 28. 1 (*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*) è inesatta.

altre disposizioni dell'ereditando intorno a legati, tutele, educazione dei figli, modalità del seppellimento, ecc.[4]; ma le disposizioni di questa specie non sono essenziali al testamento, mentre gli è essenziale l'istituzione d'erede in modo, che senza istituzione d'erede non esiste alcun testamento, ed in caso di non validità della istituzione d'erede, nessun'altra disposizione del testamento giuridicamente sussiste[5]. Una statuizione d'ultima volontà, colla quale non sia nominato un erede, si chiama codicillo[6].

B. *Capacità di fare testamento*[*].

§ 539.

È incapace di far testamento:

1) chi è incapace di volontà[1] o di una volontà ragio-

---

(4) Secondo il diritto romano: manomissioni. Cfr. § 678.

(5) L. 20 D. *de iure cod.* 29. 7 (nota 3). § 34 I. *de leg.* 2. 20: — « *testamenta vim ex institutione heredum accipiunt, et ob id veluti caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio* ». Gai. II. 229. Ulp. XXIV. 15: — « *vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit* ». L. 1 § 5 D. *de vulg.* 28. 6: — « *nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet* ».

(6) L. 20 D. *de iure cod.* 29. 7 (nota 3), l. 7 C. *de cod.* 6. 36, l. 14 C. *de test.* 6. 23 (nota 3).

(*) Inst. 2. 12 *quibus non est permissum testamenta facere.* Dig. 28. 1 *qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant.* Cod. 6. 22 *qui facere testamentum possunt vel non possunt.* — Zimmern, *Programma del diritto ereditario* [Grundriss des Erbrechts] (1823) p. 50 sg. Glück XXXIII p. 347 sg. XXXIV p. 53 sg., Vering p. 238 sg., Heimbach p. 716 sg., Vangerow II § 428 sg. Sintenis III § 167 Nr. 1.

(1) La capacità di fare un testamento, *testamenti faciendi facultas* (l. 19 D. *h. t.*), nelle fonti è designata anche come *testamenti factio.* L. 1 § 1 D. *de tutelae* 27. 3, l. 1 pr. D. *de test. mil.* 29. 1, l. 4 D. *h. t.*, l. 1 § 8 D. *de B. P. s. t.* 37. 11. Ma in un altro senso è attribuita la *testamenti factio* a chiunque possiede la necessaria capacità giuridica per partecipare alla confezione d'un testamento come testatore od onorato o testimonio, per modo che alcuno può avere la *testamenti factio*, senza la capacità di fare un testamento. L. 16. 18 D. *h. t.*, § 4 I. *de her. qual.* 2. 19; l. 21 D. *de test. tut.* 26. 2; § 6 I. *de test. ord.* 2. 10. In conseguenza di ciò i moderni distinguono fra *testamenti factio activa* e *passiva.* — Chi è incapace di fare un testamento, è anche incapace di concludere un

nevole, quindi specialmente[2] il pazzo[3] ed il non adulto — per questo ultimo il limite è costituito dalla età della pubertà[4];

2) il prodigo interdetto[5];

3) chi non può esprimere la sua volontà in maniera comunemente intelligibile[6], quindi il muto incapace di scrivere[7];

---

contratto ereditario; od in altri termini: chi in genere non può nominarsi un erede, non può nominarsi un erede neppure per via di contratto. Ma nel caso di contratto ereditario, s'aggiunge come ulteriore requisito di validità ancora a capacità contrattuale, in modo però che, sebbene il contratto come tale non sia valido, l'istituzione d'erede tuttavia può giuridicamente sussistere come unilaterale. Cfr. § 529 nota 3 in f. ed Hartmann, *Contratti ereditari* p. 32 sg.

(2) V. pure l. 17 D. *h. t.*, cfr. l. 3 C. *h. t.* Holzschuher II § 143 Nr. 6. — [Non è incapace di testare il sottoposto a tutela come tale. *Sent. del Trib. dell'Imp.* XXIII p. 140 = (Seuff., *Arch.* XLV. 106).]

(3) Fatta riserva dei lucidi intervalli, § 1 I. *h. t.*, l. 16 § 1 D. *h. t.*, l. 9 C. *h. t.* Cfr. I § 71 nota 3.

(4) § 1 I. *h. t.*, l. 5 D. *h. t.*, l. 4 C. *h. t.*, l. 18 C. *de test. mil.* 6. 21. Sul computo del tempo v. l. 5 cit. e I § 103 nota 15. L'assistenza del tutore non rende capace di far testamento l'impubere, Gai. II. 113.

(5) § 2 I. *h. t.*, l. 18 pr. D. *h. t.* La ragione dell'incapacità testamentaria del prodigo interdetto, secondo il concetto del diritto romano, non sta solamente nè direttamente in ciò, che si debba temere da lui l'irragionevolezza della disposizione, ma in ciò, che « *commercio illi interdictum est* » Ulp. XX. 13. Cfr. pure Glück XXXIII p. 382 sg. V. Holzschuher II § 143. Nr. 9. Seuff., *Arch.* II, 309. Cfr. pure Unger § 9 not. 4.

(6) L. 29 C. *de test.* 6. 23: — « *Si... talis est testator, qui neque scribere neque articulate loqui potest, mortuo similis est...* ». Riprodotta nella Ord. sul notariato II § 4 (vedi pure § 5).

(7) L'anteriore diritto romano toglieva la capacità di far testamento ai muti ed ai sordi puramente e semplicemente (l. 6 § 1 l. 16 pr. D. *h. t.*), salva dispensa imperiale, l. 7 D. *h. t.* Giustiniano nella l. 10 C. *h. t.* (cfr. § 3 I. *h. t.*) non solamente ha abrogato questo, ma anche ai sordomuti, se essi siano capaci di scrivere, ha data la facoltà di far testamento, ad eccezione dei sordomuti dalla nascita. Con quest'ultima limitazione egli manifestamente presuppone, che un sordomuto dalla nascita non possa imparare l'arte dello scrivere, e questa presupposizione di fronte all'odierno perfezionamento dell'istruzione dei sordomuti non regge più. Può quindi oggidì un sordomuto pratico dello scrivere, anche se egli è nato sordomuto, fare un testamento? Io non oso risolvere negativamente tale questione, e sono d'opinione, che nella sua soluzione affermativa l'interpretazione non oltrepassi i limiti ad essa tracciati, v. I § 22. Una forza almeno sus-

4) il figlio in potestà, relativamente all'acquisto avventizio[8];

5) secondo il diritto romano sono pure incapaci di far testamento i libellisti[9]; secondo il diritto canonico i

---

sidiaria l'ha anche il cit. § 4 della Ord. sul notariato, che invero riproduce soltanto la l. 29 C. *de test.*, la quale per parte sua non ha certo voluto sopprimere la l. 10 C. cit., ma che però pone il principio in essa espresso come un principio generalmente valido, e lo rende indipendente dal complesso del *Corpus juris*. L'opinione dominante ammette il sordomuto dalla nascita alla confezione d'un testamento scritto soltanto col permesso sovrano (a stregua della l. 7 D. *h. t.*). Glück XXXIII p. 373, W. Sell negli *Ann. di Sell.* II p. 432 sg. e gli ivi citati p. 433, Vangerow II § 428 osserv. Nr. I, 4, Sintenis III § 167 not. 6, Brinz 1ª ediz. p. 749, cfr. 2ª ediz. III p. 49. Però neppure l'opinione qui sostenuta è rimasta senza fautori. Gensler, *Arch. per la prat. civile* III p. 371, Holzschuher II § 143 Nr. 4 e gli ivi citati, Puchta § 463 alla lett. *z* (« dopo una diligente indagine d'ufficio »). Per il caso, che il sordomuto abbia imparato a parlare articolatamente, gli dà anche Sell op. cit. la capacità di far testamento, similmente Vangerow loc. cit. e Brinz 1ª ed. p. 750; in contrario Sintenis loc. cit. Un caso interessante di confezione d'un testamento di sordomuto mediante linguaggio a segni in Gensler, *Arch. per la prat. civ.* III p. 345 sg. Cfr. pure l'articolo di Fr. Jolly, *Sull'influenza dell'afasia sulla capacità a far testamento* [über den Einfluss der Aphasie auf die Fähigkeit zur Testamentserrichtung], *Archivio per la psichiatria* vol. XIII fascicolo 2 (1882).

(8) L. 8 § 5 C. *de bon. quae lib.* 6. 61, l. 11 C. *h. t.* v. II § 516. 517. Sul dubbio che relativamente al *peculium adventicium extraordinarium* od almeno ad alcune singole parti dello stesso (II § 517 Nr. 3 *a*) si è elevato specialmente a causa della Nov. 117 c. 1, v. Glück XXXIV p. 124 sg., Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* VIII p. 431 sg., Vangerow II § 428 osserv. Nr. II. Sul *peculium castrense* e *quasi castrense* v. II § 516 Num. 1. Che il figlio di famiglia non può far testamento sul c. d. *peculium profecticium* (§ 518) s'intende di per sè. Il permesso del padre non può dare al figlio una maggiore capacità di far testamento di quella che egli possiede pr. I. *h. t.*, l. 6 pr. D. *h. t.* (cfr. l. 3 D. *h. t.*, l. 13 C. *de test.* 6. 23), neppure, come si è affermato in base al c. 4 in VI° *de sepult.* 3. 12, pel caso della disposizione per scopi pii; poichè il passo indicato, rispetto al quale non è da presumere una divergenza dal diritto romano, si spiega colle l. 7 § 4 D. *de don.* 39. 5, l. 25 § 1 D. *de m. c. don.* 39. 6. Fritz, *Arch. per la prat. civ.* VI p. 211, Glück XXXIV p. 141 sg., Puchta § 463 alla lett. *t*, Vangerow II § 428 Nr. II in f. Di div. op. Arndts § 484 not. 3.

(9) L. 18 § 1 D. *h. t.* « *Si quis ob carmen famosum damnetur, senatus consulto expressum est, ut intestabilis sit; ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi* » L. 5 § 9. 10 D. *de iniur.* 47. 10. Cfr. l. 26 C. *h. t.* Gell. *N. A.* XV c. 13 i. f.

creditori, che contravvengono ai precetti sulla percezione di interessi[10]; inoltre sono limitati nella capacità di testare secondo il diritto romano quelli che hanno contratta una unione incestuosa[11]. Però queste disposizioni, giusta una esatta opinione, sono oggidì inapplicabili[12]. Altre disposizioni del diritto, che appartengono a questo novero, sono oggidì indubbiamente inapplicabili[13].

---

(10) C. 2 § 1 in VI° *de usur.* 5. 5. Per gli « usurarii manifesti », dei quali qui si fa parola, debbono intendersi nel senso del passo quei creditori, che prendono interessi qualsiansi. Se il passo deve oggidì in genere ancora applicarsi (nota 12), deve trasformarsene il significato nell'indicata maniera. Del resto esso esclude dalla non validità del testamento il caso in cui nel testamento stesso è ordinata la restituzione degli interessi, e questa restituzione è compiuta o per la stessa è data sicurtà. Wächter, *Arch. per la prat. civile* XVII p. 422.

(11) L. 6 C. *de inc. nupt.* 5. 5. Essi possono istituire eredi soltanto i parenti (certi parenti? cfr. Köppen, *Sistema* § 5 nota 11).

(12) Esse sono abolite dal codice penale dell'impero. V. II § 326 nota 4, Cod pen. (germ.) § 185 sg. 173, e, quanto all'usura, la rubrica della parte 2 Sez. 25 ed in particolare § 284-286. 301-302. Legge dell'impero $^{24}/_{5}$80 concernente l'usura. Ma anche astraendo dal codice penale dell'impero: *a*) quanto al caso dell'incesto, secondo la giusta opinione, la l. 6 C. cit. è stata, nella disposizione qui attinente, abrogata dalla Nov. 12. V. specialmente Wächter op. cit. p. 424 sg. — *b*) Relativamente ai due delitti indicati in principio, si domanda se la pena dell'incapacità di far testamento non sia stata abolita dalla legislazione dell'anteriore Impero tedesco (Ord. di pr. giud. art. 110, Ord. di pr. pen. dell'Imp. XVII § 1-8. XIX § 2. 3. XX § 6) od almeno dalla pratica. V. specialmente Wächter op. cit. p. 421 sg. 437 sg.; inoltre Glück XXXIV p. 147. 148, Sintenis III § 167 not. 11, e relativamente agli usurai Vangerow II § 428 osserv. Nr. IV. 1, che relativamente ai libellisti (Nr. IV. 3) è di div. op. Cfr. pure Holzschuher II § 143 nota 1 e gli scrittori ivi citati.

(13) L'incapacità di far testamento di quelli, che per condanna ad una pena capitale hanno perduta la libertà o la cittadinanza (l. 8 § 12 D. *h. t.*, l. 1 § 2 D. *de leg.* III° 32, l. 6 § 6-8 D. *de iniusto* 28. 3, l. 7 § 3 D. *de int. et releg.* 48. 22), e degli eretici od almeno di certi eretici (l. 4 § 5 C. *de haer.* I. 5 e su questa *Auth. Frid.* II. *Credentes*, l. 3 C. *de apost.* 1. 7, Nov. 115 c. 3 § 14). V. I § 55 e specialmente Wächter op. cit. p. 423 sg. 438 sg.

C. *Forma del testamento**.

1. Introduzione.

§ 540.

Il diritto comune offre due forme per la confezione del testamento: la dichiarazione innanzi a sette testimonî e la dichiarazione innanzi al tribunale. Quindi si distingue fra testamento privato e testamento pubblico. Una terza forma permessa dal diritto canonico: dichiarazione innanzi al parroco e a due testimonî[1], non ha acquistato valore di diritto comune[2]. — Nel testamento privato vi sono per certi casi norme particolari. In questi casi, od almeno in quelli fra essi, nei quali si dispensa per qualche riguardo dalla forma ordinaria, si parla d'un testamento privilegiato[3-4].

(*) Inst. 2. 10 *de ordinandis testamentis*. Dig. 28. 1 *qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant*. Cod. 6. 23 *de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur*. Glück XXXIV p. 149 sg. XXXV p. 1-119, Mühlenbruch nella *Contin. di Glück* XXXV p. 119 sg., Vering p. 175 sg., Heimbach p. 735 sg., Sintenis III § 168-170.

(1) C. 10. X. *de test.* 3. 26. § 540.

(2) Essa, nè è stata confermata dall'Ordinanza sul notariato di Massimiliano I del 1512, nè di fronte a questa mantenuta dalla consuetudine. Cfr. Holzschuher II § 155, Roth, *Riv. pel diritto imperiale e territoriale* I p. 208 sg. (con particolare riguardo al diritto bambergense) Seuff., *Arch.* XVII. 149.

(3) Sullo svolgimento storico della forma del testamento privato, sul quale qui non ci possiamo diffondere, cfr. Glück p. 226 sg., Vering p. 175 sg., Köppen p. 10 sg. 54 sg., Hölder, *Contributi alla storia del diritto ereditario rom.* p. 20-71. Ulteriori indicazioni sulla letteratura in Vangerow al § 443. Cfr. pure Leist, *Cont. di Glück* serie dei libri 37 e 38 IV p. 141 sg. 150 sg. 188 sg. 260.

(4) Pel contratto ereditario l'opinione dominante non esige affatto alcuna forma. In contrario con buoni argomenti Hartmann, *Contratti ereditari* p. 44 sg., Stobbe V § 311 Nr. V. Effettivamente è « mostruoso » (Hasse, *Mus. Ren.* II p. 291), che una istituzione d'erede revocabile debba potersi fare soltanto sotto l'osservanza di forme legali esattamente prescritte, ma che una istituzione irrevocabile, quindi qualche cosa di più, possa farsi senza veruna

2. Testamento privato.

a. *Forma ordinaria.*

§ 541.

Il testamento privato nella sua forma ordinaria esige l'intervento, ed invero l'intervento contemporaneo, di sette testimonî capaci (§ 542). Innanzi[1] ai testimonî radunati il testatore può dichiarare la sua ultima volontà, o in maniera da farla nota nei particolari col suo contenuto (c. d. testamento orale)[2], nel qual caso null'altro ulteriormente si richiede[3]; o la dichiarazione del testatore può

---

formalità. Cfr. del resto anche l'osservazione di E. A. Seuffert nella 4ª ediz. del trattato delle *Pandette* di suo padre § 517 nota 1, Roth, *D. civile bavar.* III p. 468 sg. Per la mancanza di formalità anche *Sent. del Trib. dell'Imp.* VIII p. 133, XI p. 217.

§ 541. (1) L. 9. 12. 21 pr. § 2 C. *h. t.*, l. 8 C. *qui test.* 6. 22, § 3 I. *h. t.*, *Ord. sul Not.* II § 9. Glück XXXIV p. 291 sg., Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* IV p. 55 sg. Seuff., *Arch.* I 95 Nr. 5, XV. 196, cfr. pure XIII. 45.

(2) L. 21 § 4 l. 26. 29 C. *h. t.*, § 14 I. *h. t.*, l. 21 pr. D. *h. t.*; *Ord. sul Not.* § 1. 8. La legge 21 cit. usa l'espressione *testamentum per nuncupationem*, l'*Ord. sul Not.* l'espressione *testamentum nuncupativum*. — Un testamento orale può farsi validamente anche con riferimento al contenuto d'un documento letto da un terzo, Seuff., *Arch.* XIX. 243; ma non con riferimento al contenuto d'un documento non letto. Mühlenbruch XXXV p. 13 sg.

(3) Se in questo caso si redige una scrittura che riferisca l'avvenuto, essa ha semplicemente il valore d'un documento probatorio. Cfr. *Ord. sul Not.* II § 5 ed al riguardo Sintenis III § 169 not. 17. Qualora sia dubbio, se il documento steso all'atto d'una confezione di testamento, sia stato redatto allo scopo di provare un testamento orale, od allo scopo della confezione d'un testamento scritto, si deve decidere a favore di quella forma di testamento, di fronte alla quale il mantenimento dell'ultima volontà sottostà a minori difficoltà, quindi di regola a favore del testamento orale. Seuff., *Arch.* I. 95 Nr. 7, XIII. 152, XVII. 148. Ma può anche tenersi saldo come orale un testamento, che indubbiamente era pensato come scritto? In contrario Sintenis III § 167 not. 17 seconda metà, Unger § 10 not. 12, [Dernburg III p. 133 nota 14], cfr. pure Mühlenbruch XXXVIII p. 409; a favore Glück XXXV p. 29 sg. (ad eccezione del caso, in cui il testatore abbia espressamente dichiarato, che il suo testamento debba valere soltanto come scritto); Seuff., *Arch.*, VII, 199, XX. 144, XXIX. 37.

consistere in ciò che la sua ultima volontà si contenga in un documento rammostrato ai testimonî (c. d. testamento scritto), nel qual caso il documento rammostrato dev'essere sottoscritto dal testatore in presenza dei testimonî [3a], e dai testimonî sottoscritto e sigillato in presenza del testatore [4]. Soltanto se il testatore ha scritto di propria mano l'intiero testamento, e nel testamento stesso ha notato d'avere ciò fatto, la sua sottoscrizione non è necessaria [5]. L'apposi-

---

(3a) Seuff., *Arch.* I. 95 Nr. 3. Cfr. *ib.* XIII. 45.

(4) L. 21 pr. C. *h. t.*, § 3 I. *h. t.*, *Ord. sul Not.* II § 7. — Da qual mano il documento testamentario sia scritto, è indifferente; la disposizione di Giustiniano (l. 29 C. *h. t.*, § 4 I. *h. t.*), che almeno il nome dell'erede debba essere scritto di mano di chi lascia l'eredità, fu da Giustiniano stesso nella Nov. 119 c. 9 nuovamente abolita. — La sottoscrizione e il sigillamento possono anche farsi *sul* documento testamentario chiuso. Anzi ha presente appunto questo caso la l. 21 C. cit., che l'*Ord. sul Not.* letteralmente riproduce (— « *licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt quae in eo scripta sunt, signatam vel ligatam vel tantum clausam involutamque proferre scripturam... eamque... testibus... offerre signandam et subscribendam* »). Glück XXXIV p. 453 sg., Vangerow II p. 145 in fine, Sintenis III § 169 not. 6. Seuff., *Arch.* XV. 137. — Il sigillamento oggigiorno, per indubitato diritto consuetudinario, ha la portata d'un accreditamento della sottoscrizione; presso i Romani esso aveva luogo allo scopo di chiudere il documento testamentario. Con ciò si spiega la disposizione che i testimoni possono sigillare anche con un sigillo altrui, e tutti i testimoni con un medesimo sigillo (l. 22 § 2 D. *h. t.*, § 5 I. *h. t.*), la qual disposizione fu riprodotta dall'*Ord. sul Not.* § 10. Divergente W. Sell, *Saggi* I, p. 225 sg.; ma v. Holzschuher II § 152 Nr. 6. — La necessità della *subscriptio* come atto indipendente è stata introdotta dalla legislazione imperiale (§ 3 I. *h. t.*); lo « *adscribere* » o « *adnotare* », di cui parlano già i giuristi delle pandette (l. 22 § 4 l. 30 D. *h. t.*), è da riferire ad uno scritto accessorio accanto al sigillo di chiusura, che aveva lo scopo di render possibile la reperibilità dei testimoni all'atto dell'apertura del testamento (l. 3-7 D. *test. quemadm.* 29. 3, *Paul. sentent.* IV. 6 § 1). Cfr. Savigny, *St. del diritto rom. nel M. E.* II p. 182 sg., Spangenberg, *Arch. per la prat. civ.* V p. 144 sg., Huschke, *Riv. per la GP. stor.* XII p. 173 sg., Bachofen, *Teorie scelte* p. 256 sg. 276 sg. 292 sg. 309 sg., Vering p. 211 sg.; v. Löhr, *Arch. per la prat. civ.* VI p. 328 sg., Guyet, *Dissertazioni* Nr. 3, Glück XXXIV p. 442 sg. Al presente specialmente: Bruns nelle *Dissertazioni della Accademia delle scienze di Berlino* 1876, *Classe stor. filosof.* p. 88 sg. — Sopra ancor altre questioni v. Glück XXXIV p. 421 sg., Seuff., *Arch.* VI. 220; Glück XXXIV p. 466 sg. Seuff., *Arch.* VI, 50.

(5) L. 28 § 1 C. *h. t.*

zione della data al testamento non è requisito della sua validità [6]. — Tanto nel caso di testamento orale quanto nel caso di testamento scritto, l'atto testamentario deve essere condotto a fine senza interruzione con atti ad esso estranei [7], e soltanto l'interruzione apportata dalla necessità del soddisfacimento d'un bisogno corporale del testatore o di uno dei testimonî, se non dura a lungo, non nuoce [8].

§ 542.

I testimonî testamentarî non sono semplici testimonî di attestazione, ma anche testimonî di solennità. Perciò la loro presenza all'atto del testamento non può essere semplicemente accidentale [1], nè involontaria [2].

Sono incapaci d'essere testimonî testamentarî [3]:

1) quelli, che non possedono la capacità mentale o

---

(6) Cfr. il frammento tratto da *Modestini Regularum* l. IX in Huschke, *Jurisprudent. anteiustin.* p. 527 (546. 604. 626). Glück XXXIV p. 468 sg.

(7) Requisito della c. d. *unitas actus*. L. 21 § 3 D. *h. t.*, § 3 I. *h. t.* Glück, XXXIV p. 375 sg., Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* IV p. 73-76. 88-99. Seuff., *Arch.* I. 95 Nr. 4, XXII. 54, XXIII. 234, XXXII, 251; cfr. XIX. 102. Cfr. § 568 nota 2. — Marezoll, op. cit., p. 68 sg., in base alla l. 21 pr. § 2 C. *h. t.* ed all'*Ord. sul Not.* § 7 (« *uno eodemque die* », « dello stesso giorno e tempo »), esige anche l'unità del giorno del calendario. In contrario, certamente a ragione, W. Sell negli *Ann. di Sell* III p. 1 sg., Fein, *Cont. di Glück* XLV p. 9 sg., Sintenis III § 169 not. 5, Vangerow II § 444 osserv. Nr. II.

(8) L. 28 pr. C. *h. t.*, *Ord. sul Not.* § 7. 9. Neppure nuocerebbe che uno dei testimoni diventasse per malattia permanentemente impedito; deve allora chiamarsi un altro al suo posto. L. 28 pr. cit. Cfr. § 568 nota 2.

§ 542. (1) Essi devono essere « *testes ad testamentum adhibiti* », « *testes rogati* ». Cioè devono essere stati richiesti di concorso all'atto della confezione del testamento (ma non necessariamente mandati a chiamare). Cfr. Fein, *Codicilli* p. 420 sg. L. 21 § 2 D. *h. t.*, *Ord. sul Not.* II § 3. Cfr. l. 11 D. *De test.* 22. 5. Seuff., *Arch.* I. 95 Nr. 1, XV. 32, XIX. 244, XX. 231, XXII. 156, XXIV. 45.

(2) L. 20 § 10 D. *h. t.*

(3) Glück XXXIV p. 310 sg., Heimbach p. 760 sg., Vangerow II § 444 osserv. Nr. I.

fisica richiesta per una attestazione, quindi i pazzi[4], i sordi, i muti[5], e per il testamento scritto i ciechi[6];

2) le donne[7] e gli impuberi[8];

3) i prodighi interdetti[9];

4) l'erede e chi è congiunto all'erede mediante patria potestà, cioè chi ha l'erede in patria potestà, o chi sta nella patria potestà di lui, o sta con lui nella patria potestà della medesima terza persona; inoltre colui, che sta nella patria potestà del testatore[10]. I legatarî non sono esclusi[11].

---

(4) L. 20 § 4 D. *h. t.*, § 6 I. *h. t.*

(5) § 6 I. *h. t.* La durezza d'orecchio non nuoce: Seuff., *Arch.* I. 95 Nr. 2.

(6) I ciechi non sono in alcun luogo delle fonti dichiarati incapaci alla testimonianza testamentaria. Ma la loro incapacità pel testamento scritto risulta dalla natura delle cose, perchè essi nè sono in grado di verificare la sottoscrizione del testatore, nè di riconoscere la loro propria sottoscrizione ed il loro sigillo. Invece non è in essi una naturale incapacità a rendere una testimonianza degna di fede sopra una confezione orale di testamento (neppure quanto alla identità del testatore, al qual riguardo essi hanno soltanto da superare maggiori difficoltà dei veggenti), e quindi relativamente a questo caso basta ritenere che le fonti non li escludono. Però questo punto è straordinariamente controverso. Per la completa incapacità dei ciechi v. specialmente Glück XXXIV p. 295 sg., Fein, *Cont. di Glück* XLIV p. 452 sg., Puchta § 465. p, Sintenis III § 169 not. 24, Holzschuher II § 151 Nr. 1; per l'opinione qui sostenuta specialmente Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* IV p. 58 sg., Heimbach p. 760 sg., Vangerow loc. cit. Nr. 1, Vering p. 209 nota 2 (che vuole « non interamente » escludere i ciechi neppure dal testamento scritto); [per la completa capacità, Dernburg III pag. 131 nota 5].

(7) L. 20 § 6 D. *h. t.*, § 6 I. *h. t.*, *Ord. sul Not.* § 6. Cfr. Unger § 10 not. 15.

(8) § 6 I. *h. t.*, *Ord. sul Not.* § 6.

(9) L. 18 D. *h. t.* Il fondamento di questa incapacità è la mancanza del *commercium* (§ 539 nota 5); essa non ha quindi più pel nostro diritto alcuna ragion d'essere — ma certo non per ciò è meno diritto vigente.

(10) L. 20 pr. § 2 D. *h. t.*, § 9. 10 I. *h. t.*, *Ord. sul Not.* II. § 6. Nel § 9 cit. è dichiarato incapace anche colui, che ha nella patria potestà il testatore o sta con lui nella stessa patria potestà, mentre la l. 20 § 2 D. *h. t.* relativamente al primo (e quindi anche relativamente al secondo) afferma il contrario. Di fronte a questa contraddizione, secondo lo spirito del diritto romano è da preferire la decisione del frammento delle pandette; poichè esso si fonda manifestamente sulla massima, che il figlio di famiglia, relativamente al suo

5) È incapace a titolo di pena d'essere testimonio testamentario, in ogni caso nel testamento scritto, colui che fu privato per condanna dei diritti onorifici civili[12]. Per contro le disposizioni del diritto romano, che anche il condannato per adulterio e per libello sia incapace d'essere testimonio testamentario[13], sono oggidì inapplicabili[14-15].

---

peculio castrense (che qui solamente viene in considerazione, § 539 Num. 4), non sia da riguardare come figlio di famiglia (l. 2 D. *de S. C. Mac.* 14. 6), e colla posteriore evoluzione, secondo la quale al figlio di famiglia si succede anche *ab intestato* nel *peculio castrense* (cfr. § 572 nota 7), questa massima ha ricevuta una nuova conferma ed il suo compimento. Però le opinioni qui sono assai divise. Cfr. Glück XXXIV p. 368 sg. e gli scrittori ivi citati, Vangerow loc. cit. Nr. 5, Fitting, *Il castrense peculium* p. 205 sg. — Del resto ciò che qui si dice rispetto all'erede ed alle persone a lui collegate mediante potestà originariamente valeva non per esso, ma per il *familiae emtor*, e soltanto Giustiniano lo ha trasferito all'erede. Gai. II. 105-108, Ulp. XX. 3-6, § 10 I. *h. t.* — La spiegazione della massima qui esposta non sta in una unità personale, spesso anteriormente ritenuta, fra chi ha la potestà ed i figli che si trovano in essa, la qual'unità non esiste punto (cfr. specialmente v. d. Pfordten, *Dissertazioni* p. 117 sg. e particolarmente l. 22 pr. D. *h. t.*, § 8 I. *h. t.*, Ulp. XX. 6), neppure sta nelle sospettabilità dell'attestazione delle persone escluse — perchè si è per altro ammesso l'erede, e perchè il legatario (nota 11)? — ma nel concetto, che i testimoni del testamento per mancipazione, come della mancipazione in genere, siano rappresentanti del popolo, e che rispetto ad una persona il popolo non possa essere rappresentato da individui appartenenti alla sua famiglia. « *Reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium* » dice Gai. II. 105, e conformemente a ciò ancora Giustiniano § 9 I. *h. t.*, V. pure l. 3 C. *de test.* 4. 20. Cfr. Vering p. 181-182.

(11) L. 20 pr. D. *h. t.*, l. 22 C. *h. t.*, § 11 I. *h. t.*, Gai. II. 108. Glück XXXIV p. 347 sg.

(12) Cod. pen. (germ.) § 34 Num. 5. « La condanna alla perdita dei diritti civili produce..... l'incapacità..... 5) d'essere testimoni alla confezione di documenti ». Mi pare che non si possa dubitare, che la categoria, che il legislatore qui propriamente ha avuta in pensiero (cfr. I § 22), sia la categoria dei testimoni solenni. Per contro è sicuramente assai dubbio, se una interpretazione estensiva di questa specie sia ammissibile in tema di disposizioni penali. Cfr. Mandry p. 95 sg. (3ª ediz. p. 80 sg.) e gli scrittori ivi citati.

(13) L. 14 D. *de testib.* 22. 5, § 6 I. *h. t.* e § 539 nota 9.

(14) Cfr. § 539 nota 12 e Cod. pen. (germ.) § 172.

(15) Si osservi ancora: *a*) Nella l. 15 D. *de testibus* 22. 5 si nega anche al condannato per *crimen repetundarum* la capacità alla testimonianza testamen-

La mancanza di capacità d'un testimonio non è tolta da ciò, che il testimonio sia generalmente ritenuto capace[16].

b. *Norme divergenti.*

α. *Aggravamenti.*

§ 543.

1. Pel testamento d'un cieco[1], oltre ai sette testimonî, deve adibirsi un notaro, o se non se ne può avere uno, un ottavo testimonio, e tanto i testimonî che il notaro deb-

---

taria. Ma questo testo è eliminato dalla l. 20 § 5 D. *h. t.* che dice addirittura il contrario (e nella quale è affatto arbitraria la inserzione d'un « non » prima di *posse*) — v. al riguardo Glück XXXIV p. 324 sg. — *b*) In base alla Nov. 90 c. 1. insegnano alcuni, che qualunque macchia della riputazione renda incapaci alla testimonianza testamentaria (Glück XXXIV p. 339, Heimbach p. 767, Sintenis III § 169 not. 5, Vangerow loc. cit. Nr. 4, cfr. Seuff., *Arch.* XXIV. 129). Ma la menzionata legge esclude dalla testimonianza non tanto le persone diffamate, quanto piuttosto le persone ignote o di poco conto, e non lo fa nel senso di dichiararle incapaci alla testimonianza, ma nel senso di consigliare a non prenderle per testimoni. Che la legge non voglia dichiarar nulla la loro testimonianza, risulta anche dalla ulteriore sua disposizione per cui in caso di sospetto quelle persone possono colla tortura venir costrette alla manifestazione della verità. — *c*) La norma del diritto romano, che nessuno, a cui manchi la *testamenti factio*, possa essere testimonio testamentario (l. 18 pr. D. *h. t.*, § 6 I. *h. t.*, Ulp. XX. 8, cfr. *Ord. sul not.* II § 6), si riferisce soltanto al requisito del *commercium* (§ 539 nota 1). In questo senso la Corte di Revisione e di Cassazione di Berlino ha sentenziato nell'anno 1834, che i Regolari non sono incapaci alla testimonianza testamentaria. Seuff., *Arch.*, II. 202. — *d*) L. 27 D. *h. t.* (c. d. *quaestio Domitiana, responsum Celsinum*). Hofmann, *Studi crit. di diritto rom.* p. 41 sg.

(16) Il contrario afferma una opinione assai diffusa (cfr. Glück XXXIV p. 341-342, Holzschuher II § 151 Nr. 6, Seuff., *Arch.* XXIV. 129) in base alla l. 1 C. *h. t.* ed al § 7 I. *h. t.*, nei quali passi è deciso, che la condizione di schiavo d'un testimonio, che generalmente è ritenuto libero, non rende nullo il testamento. Ma è ingiustificato, trovare in questa decisione il riconoscimento d'un principio generale. V. pure Vangerow II p. 141. [in contrario Dernburg III pag. 131 nota 10].

(1) L. 8 C. *qui test.* 6. 22, *Ord. sul Not.* II § 9. Glück XXXIV p. 26 sg., § 543. Marezoll, *Mag. per la GP. e la legislazione* IV p. 166-173, Sintenis III § 170 not. 16.

bono essere resi consapevoli del contenuto dell'ultima volontà [2]. Ciò può avvenire, o per parte del testatore stesso, nel qual caso la dichiarazione da lui emessa deve, in presenza dei testimonî, redigersi in iscritto dal notaro, o rispettivamente dall'ottavo testimonio; o facendosi dal testatore dar lettura di un documento preparato antecedentemente [3], con dichiarazione che quanto è stato letto è la sua ultima volontà. In entrambi i casi il documento testamentario deve, oltre che dai testimonî, essere anche sottoscritto e sigillato dal notaro o rispettivamente dall'ottavo testimonio [4].

2. [5] Il testamento scritto di un incapace a scrivere [6] deve in vece sua essere sottoscritto da un ottavo testimonio [7-8].

---

(2) In questo senso la l. 8 cit. chiama il testare del cieco un testare « *sine scriptis* ». In realtà la forma prescritta per il testamento del cieco è una combinazione delle forme del testamento orale e dello scritto. V. pure *Ord. sul Not.* § 1 in f.

(3) Giusta il passo del Codice anche la lettura deve farsi dal notaio, il che però non è ripetuto nell'*Ord. sul Not.*

(4) Il passo del Codice esige soltanto il sigillamento per parte del notaro, l'*Ord. sul Not.* anche la sottoscrizione.

(5) L. 21 § 1 l. 28 § 1 C. *h. t.*, *Ord. sul Not.* § 7, Glück XXXIV p. 47 sg., Gesterding, *Risultato d'indagini* I p. 344 sg., W. Sell, *Saggi* I p. 218-225.

(6) L. 21 § 1 cit.: — « *si litteras testator ignoret vel subscribere nequeat* » *Ord. sul Not.* loc. cit.: — « ove egli non sappia scrivere o altrimenti non possa ». Cfr. Seuff., *Arch.* XI. 255, XXI. 242, XXIV. 128, [XLI. 276].

(7) L'ottava persona è indicata nel Codice soltanto come *subscriptor*, invece nell'*Ord. sul Not.* come testimonio, e deve quindi anche avere i requisiti d'un testimonio. Però questo non è generalmente riconosciuto. V. Vangerow II § 445 osserv. Nr. 2*a*. Seuff., *Arch.* IV. 62, XVIII. 87.

(8) L'ottavo testimonio sottoscrive il suo nome coll'aggiunta, che egli sottoscrive per il testatore. Però anche su questo v'è controversia. V. Gesterding p. 347 sg., Glück p. 406 sg., Sell p. 222 sg., Vangerow loc. cit., Sintenis III § 169 not. 11, Seuff., *Arch.* XVIII. 87, XXXIX. 26 (Trib. dell'Imp., *Decis.* XII p. 161). Il sigillamento per parte dell'ottavo testimonio non è richiesto. Seuff., *Arch.* IV. 62.

β. *Facilitazioni.*

§ 544.

1. Secondo il diritto romano, i soldati al campo possono far testamento senza alcuna formalità[1]; se è accertato, che essi in genere hanno voluto porre in essere una vera ultima volontà[2], basta una qualsiasi dichiarazione della stessa[3]. L'Ordinanza sul Notariato ha limitato questo privilegio al tempo della battaglia, negli altri casi esige due testimonî[4]. Dopo il congedo, se questo non deriva da motivi che tocchino l'onore, il testamento militare conserva ancora per

(1) *Testamentum militare.* Inst. 2. 11 *de militari testamento.* Dig. 29. 1 Cod. 6. 21 *de testamento militis.* Mühlenbruch XLII p. 19 sg., Fitting, *Sulla storia del testamento militare* [zur Geschichte des Soldatentestamentes] (Halle 1866). Lo st., *Il castrense peculium* p. 9 sg., Sintenis III p. 368-371. — L'*Ord. sul Not.* II § 2 non parla di soldati, ma di « cavalieri » e riproduce così quel concetto della espressione *miles*, che nella giurisprudenza, che essa trovò formata, era esclusivamente dominante. Ma da un posteriore diritto consuetudinario è stato ripristinato il riferimento del privilegio ai *milites* nel senso romano della parola. Fitting p. 18 sg. 23 sg. 27 sg.

(2) L. 24 D. *h. t.*, § 1 I. *h. t.* V. pure Mühlenbruch p. 59 sg. Cfr. Seuff., *Arch.* IX. 70.

(3) L. 1 pr. D. *h. t.*: — « *Faciant... testamenta quomodo volent, faciant quomodo poterint: sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris* ». L. 3. 15 C. *h. t.*, pr. I. *h. t.;* l. 3. 35. 36 pr. l. 40 pr. D. *h. t.* — Conferma d'un testamento anteriore non valido: § 4 I. *h. t.*, l. 9 l. 15 § 2 l. 20 § 1 D. *h. t.* Mühlenbruch p. 69 sg. — Nomina d'un erede mediante contratto ereditario: l. 19 C. *de pact.* 2. 3. — Prova: Mühlenbruch p. 64-67.

(4) In base all'opinione dominante a quel tempo (appoggiata alle parole « *convocatis ad hoc hominibus* » nel § 1 I. *h. t.* e nella l. 24 D. *h. t.*). V. al riguardo Fitting p. 7 sg. Secondo la teoria giustamente intesa del diritto romano, questo impartisce il privilegio di far testamento senza formalità anche ai soldati che si trovano « *in expeditione* »; anzi prima di Giustiniano esso spettava a tutti i soldati in genere. L. 17 C. *h. t.*, pr. §. 3 I, *h. t.*, cfr. l. 1. 15 C. *h. t.*, Mühlenbruch p. 32 sg. — I due testimoni sono testi a prova od a solennità? In quest'ultimo senso Mühlenbruch p. 67; Sintenis III § 170 not. 2. Di div. op. Fitting op. cit. p. 25, che invoca l'opinione dominante all'epoca dell'*Ord. sul Not.* Ma l'*Ord. sul Not.* equipara però manifestamente questi due testimoni agli altri testimoni testamentari.

un anno la sua forza[5]. Il privilegio dei soldati si estende anche ai non soldati, che muoiono in battaglia[6]. — Queste disposizioni attualmente sono sostituite da quelle della legge militare dell'impero[6a].

2. Se il testatore è affetto da una malattia contagiosa, non è richiesto, che i testimonî si trovino nella sua immediata presenza[7].

3. In campagna bastano in caso di necessità cinque testimonî, e se il testamento vien fatto per iscritto, può

---

(5) L. 21. 26 D. *h. t.*, l. 5 C *h. t.*, § 3 I. *h. t.* Mühlenbruch p. 21 sg.

(6) Così l'opinione dominante intende lo « *in hostico* » od « *in hosticulo* » delle l. 44 D. *h. t.*, l. un. pr. D. *de B. P. ex test. mil.* 37. 13. Mühlenbruch p. 48 sg., Sintenis III § 170 nota 7.

(6 *a*) Giusta il § 44 della legge militare dell'Impero del 2 maggio 1874, le disposizioni d'ultima volontà delle persone appartenenti all'esercito attivo (§ 38 *ib.*) e sottoposte alle leggi militari (codice penale militare dell'impero § 155-158) sono valide; *a*) se sono scritte e sottoscritte di propria mano dal testatore; *b*) se sono sottoscritte di propria mano dal testatore e controfirmate pure da due testimoni o da un auditore od ufficiale; *c*) se da un auditore od ufficiale, col concorso di due testimoni o di un altro auditore od ufficiale, sulla dichiarazione orale del testatore, è steso un atto, e questo è letto al testatore, come pure è sottoscritto dall'auditore od ufficiale e dai testimoni o dagli auditori od ufficiali. — Per i militari feriti o malati gli auditori od ufficiali menzionati sotto le lett. *b* e *c* possono essere sostituiti da medici militari o funzionari superiori del lazzaretto o cappellani militari. — I testimoni sono testimoni di prova. — Le disposizioni di questa specie dopo la cessazione del relativo stato di cose conservano ancora per un anno il loro valore. — Cfr. Mandry § 58.

(7) In ispecie quindi non occorre che essi si trovino col testatore nello stesso locale. C. d. *testamentum tempore pestis*. L. 8 C. *de test.* 6. 23. Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XLII p. 262 sg., Köchy, *Illustrazioni di d. civile* I p. 114 sg., Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* IV p. 77 sg., Ackermann, *Arch. per la prat. civ.* XXXII p. 55 sg., Sintenis III § 170 nota 14, Vangerow II § 444 verso la f. Nr. 1. Il concetto della l. 8 cit., sostenuto nel testo, è quello dei Basilici. Altre opinioni sono: 1) se il testatore è affetto da una malattia contagiosa, o, come altri dicono, se domina una malattia contagiosa, non sarebbe richiesta la riunione di tutti i testimoni, ma essi potrebbero esser chiamati uno dopo l'altro; 2) se un testimonio durante l'atto del testamento è colpito dalla epilessia (*casus maior*), non nuocerebbe che gli altri testimoni provvisoriamente si allontanassero, ma posteriormente dovrebbero di nuovo riunirsi al completo; [3) la presenza immediata dei testimoni non sarebbe richiesta quando domina una malattia contagiosa inducente pericolo di vita]. Giusta la qui ammessa spiegazione deve leggersi non « *oppressos* », ma « *oppresso* » od « *oppressis* ».

pei testimonî che fossero illetterati sottoscrivere un altro di loro, in modo però che in questo caso i testimonî devono esser resi edotti del contenuto dell'ultima volontà e confermare con giuramento la loro attestazione[8].

4. Un testamento, nel quale ascendenti dispongano soltanto a favore di loro discendenti, non abbisogna, se vien fatto per iscritto, d'alcun testimonio[9]; basta uno scritto, nel quale siano vergati dalla propria mano del testatore i nomi[10] dei discendenti, le loro quote[11] — queste in lettere, non in cifre — e la data[12]. Le istituzioni di persone estranee in un tal testamento sono nulle; i legati a persone estranee sono validi solamente quando sono stati convalidati innanzi a testimonî[13-14]. Forza di revoca non ha

(8) C. d. *testamentum ruri conditum* L. 31 C. *de test.* 6. 23, *Ord. sul Not.* II § 2. Mühlenbruch, *Contin. di Glück* XLII p. 245 sg., Marezoll, *Arch. per la prat. civ.* IX p. 297 sg., Wächter, *Riv. crit. di Tüb.* II p. 169 sg., Fritz, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* V p. 22 sg., Sintenis III § 170 nota 15. La disposizione si annunzia come un privilegio per una certa classe, ma è in realtà un privilegio per un certo luogo di confezione. Giustiniano ha presupposto, che in campagna faranno testamento appunto soltanto i rustici. La prova, che l'osservanza della forma ordinaria di testamento sia stata impossibile, deve senza dubbio darla colui, che invoca il testamento. Sopra altre questioni dibattute a questo riguardo v. i citati scrittori: Seuff., *Arch.* II. 203. VIII 62.

(9) C. d. *testamentum parentum inter liberos*. Esso si fonda sulla l. 21 § 3 C. *de test.* 6. 23, Nov. 107 c. 1. 2, *Ord. sul Not.* II § 2. Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XLII p. 151-231. G. Ph. v. Bülow, *Dissertazioni sopra singole parti del diritto civile* (Abhandlungen über einzelne Theile des bürgerlichen Rechts) I Nr. 6 (1817). M. I. Euler, *De testamento et divisione parentum inter liberos* (1820). Fritz, *Saggio d'una esposizione storico-dogmatica della teoria del testamento fatto dai genitori fra i loro figli* [Versuch einer historisch-dogmatischen Darstellung der Lehre vom Testament, welches Aeltern unter ihren Kindern errichten] (1822). Strippelmann, *Decisioni del Trib. Sup. d'app. di Cassel* IV p. 21 sg. (1846). Sintenis III p. 375-377. Holzschuher II § 159. *Decis. del Trib. Supr. di app. di Rostock* IX p. 188 sg.

(10) Cfr. Seuff., *Arch.* II. 68. 71. *Decis.* ecc. (nota 9) p. 195 sg.

(11) La sottoscrizione del testatore non è richiesta dalle leggi. Mühlenbruch p. 184 [Dernburg III p. 136: secondo il diritto attuale essa sarebbe richiesta].

(12) L. 21 § 4 cit., Nov. 107 c. 1 cit.

(13) Innanzi a testimoni, quindi almeno innanzi a due. Questi testimoni sono

un tal testamento, per modo che esso sussiste giuridicamente soltanto in mancanza d'un anteriore testamento valido[15]. Il testamento orale di ascendenti a favore di loro discendenti esige l'intervento di due testimonî[16-17].

5. Secondo il diritto canonico, le disposizioni a favore di chiese e pie fondazioni non abbisognano di forma alcuna[18].

---

testimoni di prova. — Però questo punto è assai controverso. Altri richiedono il numero di testimoni richiesto per i legati in genere od anche quello richiesto per i testamenti. Mühlenbruch p. 213 sg., Fein, *Contin. di Glück* XLV p. 78. Il miglior argomento a favore di questa opinione è, che nel testo greco si dice: « ἐπὶ τῶν μαρτύρων »: i testimoni vengono presupposti noti.

(14) Nov. 107 c. 2. Però questa interpretazione della Novella non è incontroversa. V. Mühlenbruch p. 216 sg.; G. Ph. v. Bülow, *Dissertazioni* II Nr. 14.

(15) *Ord. sul Not.* loc. cit.: « poichè nessun altro suo testamento prima fatto sarebbe eliminato ». Mühlenbruch p. 230.

(16) Così l'opinione dominante intende l'*Ord. sul Not.* loc. citato. Invero questa interpretazione è controversa e dubbia. Mühlenbruch p. 219 sg. Seuff., *Arch.* II. 70, XVII. 261.

(17) V'è ancora una serie d'altre controversie in questa teoria. V. Mühlenbruch e Sintenis ll. citt. Seuff., *Arch.* II. 69.

(18) C. 11 cfr. c. 4 X *de test.* 3. 26. Mühlenbruch XLII p. 130 sg. Pfeiffer, *Spiegazioni pratiche* II p. 338 sg. Schulte, *Riv. pel dir. e per la proc. civ. N. S.* VII p. 157 sg. Sintenis III § 170 nota 35. La disposizione del diritto canonico non è invero confermata dall'*Ord. sul Not.* ma qui (cfr. § 540 nota 2) è stata mantenuta di fronte ad essa dal diritto consuetudinario. — Il c. 11 cit. esige la prova mediante due o tre testimoni. Ma se questi testimoni sono effettivamente testimoni di prova, è palmare, che anche ogni altro mezzo di prova deve bastare. Invero è vivace controversia su ciò, se la decretale vada intesa nel senso soltanto di testimoni di prova, e non piuttosto di testimoni di solennità. In questo ultimo senso Mühlenbruch e Sintenis: nel primo Pfeiffer e con minuto svolgimento Schulte, degli antichi particolarmente I. H. Boehmer, *Jus eccl. prot.* III. 26 § 19, v. pure Holzschuher II § 158 Nr. 1, Seuff., *Arch.* VIII. 149, XIV. 240, XXIV. 47 [Dernburg III pag. 137 nota 12, crede che la Decretale presupponga la confezione dell'atto nella debita forma]. — La Decretale parla soltanto di disposizioni a favore d'una chiesa. L'estensione alle pie fondazioni si basa sulla pratica. Però sui limiti di questa estensione v'è pure controversia. V. Mühlenbruch p. 131-132, Holzschuher loc. cit. Nr. 2.

3. Testamento pubblico*.

§ 545.

Un testamento può anche farsi mediante dichiarazione innanzi al tribunale[1]. La dichiarazione giudiziaria può o esporre l'ultima volontà nei particolari, o riferirsi ad un documento rimesso al tribunale, contenente l'ultima volontà[2]. In entrambi i casi la dichiarazione emessa deve essere autenticata dal giudice nella forma richiesta per le dichiarazioni giudiziarie[3]. La custodia dell'atto del testamento nell'archivio giudiziario è usuale, ma non necessaria[4]. La emissione della dichiarazione per mezzo di un

---

(*) Glück XXXIV p. 154 sg. 188 sg. Sintenis III § 168.

(1) Il testamento giudiziale è riconosciuto (non introdotto) nella l. 19 C. *de test.* 6. 23 (cfr. Savigny, *Storia del d. rom. nel M. E.* I p. 107 seg. della 2ª ed., Glück p. 156 sg.); la sua più precisa elaborazione si basa sulla pratica. Buchka e Budde, *Decis. del Trib. Supr. d'app. di Rostock* III p. 212 sg. — Competente è ogni tribunale, che ha giurisdizione civile, non solamente quello competente secondo le regole della procedura civile. Glück p. 203. — Dichiarazione innanzi al tribunale: Seuff., *Arch.*, XIII. 45. — Cfr. in genere anche le allegate decisioni del Trib. Sup. d'app. di Rostock III p. 247-249.

(2) Glück p. 188. — La sottoscrizione del testatore non è richiesta. Seuff., *Arch.* XVI. 231. — Se il testatore è cieco, anche in questo caso gli si deve leggere il documento rimesso, e ciò che è letto deve da lui venir riconosciuto come la sua ultima volontà; poichè altrimenti fa difetto la certezza dell'ultima volontà. Glück XXXIV p. 37-38. Seuff., *Arch.* I. 355. Ma devesi osservare la stessa norma anche quando il testatore è incapace di leggere lo scritto? V. al riguardo Glück XXXIV p. 47 sg., Thibaut, *Arch. per la prat. civ.* VI. 226. Holzschuher II § 143 nota 7. Seuff., *Arch.* VIII. 273, XXI. 242.

(3) Glück p. 189 sg. Seuff., *Arch.* V. 194, IX. 308 (cfr. VI. 266), XVI. 60. Buchka e Budde, *Decis. del Trib. Sup. d'app. di Rostock* III p. 234 sg. 247. L'apposizione della data al protocollo non è richiesta: *Sent. del Trib. dell'Impero* IX. p. 201 (= Seuff., *Arch.* XXXIX. 117).

(4) Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXVIII p. 302 sg. Sintenis not. 6. 7, cfr. pure Holzschuher II § 154 Nr. 4. (Di div. op. Brinz 2ª ediz. II § 369 in f.). Perciò neppure il ritiro dell'atto testamentario dalle mani del tribunale ne opera la revoca. Glück p. 218 sg., Mühlenbruch op. cit. 301 sg., Sintenis III § 179 not. 35, Vangerow II § 460 osserv. Nr. III in f. Seuff., *Arch.* XXIV. 46.

mandatario qui è inammessibile alla stessa maniera, come per la confezione d'un testamento in genere[5]; nè maggiormente può la dichiarazione orale essere supplita da una dichiarazione scritta[6]. Che il testatore si trasferisca al tribunale, non è richiesto; può anche il tribunale, od una sua deputazione incaricata dallo stesso, trasferirsi presso il testatore[7-8]. Come si forma un testamento con una dichiarazione emessa innanzi al tribunale, così anche con una dichiarazione emessa innanzi al sovrano[9].

D. *Contenuto del testamento.*

1. **L'istituzione d'erede***.

a. *Presupposizioni della sua validità.*

α. *Requisiti della dichiarazione.*

§ 546.

Del possibile contenuto d'un testamento (§ 538) qui viene in considerazione solamente l'istituzione d'erede. — Affinchè si abbia una valida istituzione d'erede è richiesto,

---

(5) Controverso. Per l'opinione qui sostenuta: Glück op. cit. p. 191 sg., Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXVIII p. 305 sg., Guyet, *Arch. per la prat. civ.* XIII p. 254 sg., Sintenis not. 5, Holzschuher II § 154 Nr. 3. Seuff., *Arch.* II. 200, XI. 263.

(6) È da respingere l'idea, che si costituisca un testamento coll'affidare a custodia giudiziaria un documento contenente l'ultima volontà. Mühlenbruch op. cit. p. 303 sg., Sintenis not. 8.

(7) Glück p. 189.

(8) Sul requisito della *unitas actus* pel testamento giudiziale v. Frank, *Arch. per la GP. prat.* VI p. 374 sg. (Holzschuher II § 154 Nr. 6). Seuff., *Arch.* XIX. 102, XXIV. 127.

(9) L. 19 C. cit. V. pure *Nov. Val.* III. tit. XX. 1 (ed. Hänel p. 190). Queste costituzioni hanno di mira soltanto il caso in cui la dichiarazione dell'ultima volontà ha luogo con riferimento ad un documento contemporaneamente presentato. Glück op. cit. p. 165 sg., Sintenis not. 9.

(*) Inst. 2. 14 Dig. 28. 5 *de heredibus instituendis.* Cod. 6. 24 *de heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt.* — Mühlenbruch. *Cont. di Glück* XXXIX p. 116 sg. XL p. 1 sg., Arndts nel *Diz. G.* III p. 907-939,

che la dichiarazione, nella quale l'istituzione d'erede è contenuta:

1) possa essere intesa. La semplice oscurità è da rimuoversi per via d'interpretazione, ed appunto nelle disposizioni d'ultima volontà è concessa alla interpretazione una particolare libertà[1]; ma se ad onta di ciò non si riesca a raggiungere un risultato determinato, non si può dare alla dichiarazione effetto alcuno[2];

2) la dichiarazione deve essere genuina, cioè deve emanare effettivamente dal testatore. Per ovviare al pericolo di falsificazione, è prescritto[3], che le disposizioni a favore di chi ha scritto il testamento non siano valide[4], se

(1) V. I § 84 nota 6. Interpretazione dello stesso testatore: l. 21 § 1 D. *qui test.* 28. 1. Cfr. sulla interpretazione di disposizioni d'ultima volontà in genere Elvers, *Themis N. S.* I p. 256-277, e dell'*Archivio* di Seuffert: *a*) in generale: IV. 163, IX. 182; VII. 67, XV. 31; III. 181; V. 196, XVII. 163; XVIII. 59; *b*) in particolare: IV. 133, IX. 183 e p. 320, XIII. 103, XIV. 45, XX. 110, XXV. 38, XL. 28 (significato dell'espressione « figli »); IV. 65, VII. 66, VIII. 158, XXXIV. 313 (« eredi »); XIII. 318 (« eredi *ab intestato* »); X. 259. 275, XII. 242, XVII. 68, XXXI. 47. 48 (« parenti prossimi »); II. 201, VIII. 151; XIX. 292; XXIX. 248; XXXV. 298.

(2) L. 2 D. *de his quae pro non scr.* 34. 8, l. 73 § 3 D. *de R. I.* 50. 17. L. 63 [62] § 1 D. *h. t.* « *Quotiens non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet, quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat, et (ut ?) ad designationem singulari nomine utatur: nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit* ». L. 33 § 1 D. *de cond.* 35. 1. Cfr. l. 30 D. *de test. tut.* 26. 2. Mühlenbruch XL p. 194-197.

(3) Da un *senatus consultum Libonianum* (a. u. 769) e da ulteriori leggi che ad essa si riannodano.

(4) L. 1 § 8 l. 5. 6. 10. 11. 14. 15. 17. 18. 22 D. *de lege Cornelia de falsis et de SC. Liboniano* 48. 10, l. 1. 5 D. *de his quae pro non scr.* 34. 8, tit. Cod. 9. 23 *de his qui sibi adscribunt in testamento.* Vangerow II § 433 osserv. 2, Sintenis III p. 383-385, Keller, *Istituzioni* p. 361-368. Seuff., *Arch.* XXXV. 224. Il *SC. Libonianum* non stabiliva direttamente la nullità della disposizione; il suo contenuto immediato era che lo scrivente fosse colpito dalla pena della *lex Cornelia.* Cfr. l. 1 D. *de his quae pro non scr.* 34. 8. — Nulla è ogni disposizione di qualsiasi specie a favore dello scrivente. L. 3. C. tit. cit.; l. 1 D. *de his quae pro non scr.* 34. 8, l. 6 pr. D. *de lege Corn. de falsis* 48. 10, l. 22 § 6 *eod.*, l. 6 § 1 *eod.*; l. 6 § 2 l. 22 § 7 *eod.;* l. 22 § 11 *eod.;* l. 15 § 2 l. 22 § 9 D. *eod.;* l. 6 C. tit. cit.; l. 81 § 1 D. tit. cit., l. 29 D. *de test. tut.* 26. 2 — Le disposizioni a favore d'un prossimo congiunto dello scrivente non sottostanno alla nullità.

il testatore non le ha confermate di propria mano[5], o se lo scrivente non è l'unico erede legittimo[6];

3) una forma determinata di dichiarazione non è richiesta; basta, che dalle parole usate possa riconoscersi con sicurezza la volontà di fare un'istituzione d'erede[7]. In ispecie non è richiesto l'uso della parola " erede ", come viceversa dall'uso di questa parola non segue per necessità, che sia voluta effettivamente una istituzione d'erede, e non un legato[8]. Nè maggiormente è richiesto, che l'erede da istituire sia designato col nome, purchè gli addotti contrassegni non lascino alcun dubbio sulla sua persona[9]. Può

L. 11 § 1 l. 18 pr. l. 22 § 2. 5 D. *de lege Corn. de falsis* 48. 10. Per contro giusta il diritto romano è similmente nulla la disposizione a favore del figlio, che lo scrivente ha nella potestà, del padre nella cui potestà egli sta, e del fratello o sorella, che sta con lui nella potestà dello stesso padre, perchè in questi casi, secondo il diritto classico, data la validità della disposizione, sarebbesi verificato lo stesso effetto come se fosse stata letteralmente fatta a favore dello scrivente stesso. L. 14 pr. l. 10 pr. D. *eod.* Poichè pel diritto odierno l'indicata ragione non è più vera, neppure la massima da essa dedotta vale più; nel caso indicato per il primo, il figlio acquista ciò che è lasciato come *pec. adventicium extraordinarium*. Cfr. l. 11 pr. D. *eod.*; l. 14 § 2 l. 17 *eod.*, l. 5 D. *de his quae pro non scr.* 34. 8. — Il *SC. Libonianum* vale già secondo il diritto romano anche pei testamenti militari l. 15 § 3 D. *de test. mil.* 29. 1. — Applicabilità dello stesso al testamento giudiziale. Seuff., *Arch.* I 255, XI. 54, XVII. 260.

(5) L. 1 § 8 l. 14 pr. l. 15 § 1. 2. 3 D. *de lege Corn. de falsis* 48. 10, l. 2. 6. C. tit. cit. 9. 23. Cfr. Sintenis loc. cit. not. 18.

(6) L. 1 C. tit. cit. 9. 23, cfr. l. 6 § 3 l. 14 § 2 D. *de lege Corn. de falsis* 48. 10.

(7) Così disposero i figli di Costantino nell'anno 339. L. 15 C. *qui test.* 6 23. Prima per l'istituzione d'erede erano necessarie *verba imperativa*. Gai. II. 117, Ulp. XXI. Uso della lingua greca: l. 21 § 6 C. *eod.*, cfr. *Nov. Theod.* II. tit. XVI § 8 (— « *quoniam Grece iam testari concessum est* »). Glück XXXIV p. 309 sg.

(8) Non può senz'altro ritenersi, che il testatore abbia intese le parole « erede », « legato », « legare » nel loro senso tecnico-giuridico. Anche presso i Romani, che consideravano con rigore l'espressione « *heres* », questa non era senz'altro decisiva. L. 13 § 1 D. *de iure cod.* 29. 7; v. d'altra parte l. 1 § 5. 6 D. *h. t.* Cfr. Mühlenbruch p. 232 sg., Neuner, *Heredis institutio ex re certa* p. 536 sg., Sintenis III p. 393. 394, Unger § 8 not. 2. 4. Seuff., *Arch.* VIII. 157, XIII. 153, XXXII. 62, XXXIII. 140. Cfr. § 552 nota 8, § 553 nota 3. 16.

(9) L. 9 § 8. 9 D. *h. t.* V. pure l. 49 [48] § 1 l. 59 [58] § 1 *eod.*, e cfr. l. 34 pr. D. *de cond.* 35. 1. Istituzione d'erede per via di risposta affermativa ad una domanda: Seuff., *Arch.* XXIX. 36.

anche la persona dell'erede, come pure la quota ereditaria, essere indicata in un documento particolare[10]. Anche nella condizione apposta ad un'altra disposizione, può la volontà d'istituire l'erede trovare la sua conveniente espressione[11];

4) la dichiarazione deve contenere la volontà effettiva del testatore, e così è specialmente nulla l'istituzione di erede, che in conseguenza d'un errore non corrisponde alla volontà effettiva[12];

---

(10) C. d. *testamentum mysticum*. L. 78 [77] D. *h. t.*, l. 10 D. *de cond. inst.* 28. 7. Seuff., *Arch.* XI. 55. 57. Se ciò sia ammissibile anche pel testamento orale, è assai controverso. In senso contrario fra gli altri Glück XXXV p. 14 sg., Sintenis III § 171 not. 40; in senso favorevole fra gli altri Arndts, *Diz. G.* op. cit. p. 919 not. 77, Fein, *Cont. di Glück* XLV p. 125 nota 94, Holzschuher II § 162; letteratura ulteriore in questo ed in Glück. Mi pare decisivo il riflesso che, anche in caso di testamento scritto, l'atto contenente il nome dell'erede non ha bisogno d'essere sottoscritto e sigillato dai testimoni, quindi non è sottoposto anche alle solennità del testamento. Cfr. pure § 628 nota 1 in f. 16.

(11) P. es. « Io istituisco erede il mio amico Tizio, ma soltanto sotto la condizione, che il mio amico Seio non fosse disposto a prendere la mia eredità ». Oppure: « Io istituisco erede il mio amico Tizio; se egli morisse prima di me ed invero senza lasciar figli, Sempronio sarà mio erede ». — Diversamente l'opinione dominante (*positus in condicione non est positus in dispositione*) Mühlenbruch XL p. 234 sg., Arndts, *Diz. G.* III p. 918 not. 75, Sintenis III § 172 not. 4, Unger § 14 not. 2, Brinz 2ª ediz. III p. 80, cfr. pure Seuff., *Arch.* XVIII. 152; in contrario Vangerow II § 449 osserv. 1, Köppen, *Lineamenti del sistema del diritto successorio rom. odierno* [System des heutigen röm. Erbrechts im Grundriss] (Würzburg 1867) p. 31; [Went, *Pand.* § 350 n. 5]; Seuff., *Arch.* XIX. 165, XXIII. 150. [cfr. *Sent. del Trib. dell'Imp.* X p. 113]. Secondo il diritto romano classico, una tacita istituzione d'erede di questa specie era certo impossibile (v. l. 19 D. *h. t.* l. 16 *de vulg.* 28. 6 — nella l. 86 [85] D. *h. t.* gli indicati nella condizione sono pensati come eredi *ab intestato* —); ma si tratta di vedere se a ciò non abbia recato innovazione la l. 15 C. *de test.* (nota 7), e tale questione a mio credere, non può risolversi negativamente. Non meno inesatto per verità sarebbe il volere viceversa semplicemente affermare: *positus in condicione est positus in dispositione*. Mühlenbruch p. 235. 236. — In eguale maniera anche in una diseredazione condizionale può contenersi una istituzione d'erede. Cfr. § 589 nota 3.

(12) L. 3 D. *de reb. dub.* 34. 5. L. 9. pr. D. *h. t.* « *Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans... placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est* ». Lo stesso vale se all'erede per errore si attribuisse

5) la dichiarazione deve infine contenere la volontà completa del testatore; se tale non è il caso, non vale neppure la parte di volontà effettivamente dichiarata[13].

β. *Requisiti della volontà.*

aa. *Determinatezza e decisione della volontà.*

§ 547.

La volontà d'istituire un erede deve avere la conveniente determinatezza[1]. Per questa ragione non è valida:

1) l'istituzione d'una persona da determinarsi dalla nuda volontà d'un terzo[2], a meno che non sia contem-

---

una quota maggiore di quella che si ha in mente, la disposizione vale soltanto per la quota effettivamente voluta, ma per questa anche effettivamente « *quoniam inest quadrans in semisse* », l. 9 § 3 D. *h. t.* Per il caso inverso, in cui è voluto più di quanto è scritto, nella l. 9 § 2 D. *h. t.* è data la sorprendente decisione, che la disposizione per la parte maggiore voluta debba giuridicamente sussistere. Cfr. pure l. 7 C. *de test.* 6. 23. Mühlenbruch XXXVIII p. 440, Vangerow II § 433 osserv. 1 Nr. I. 3 in f., Keller, *Istit.* p. 379. 380.

(13) L. 25 D. *qui test.* 28. 1. « *Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, prius quam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere, quam fecisse, Varus Digestorum lib. I. Servium respondisse scripsit: itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret, voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare: ego nec Servium puto aliud sensisse* ». Mühlenbruch XXXVIII p. 415 sg. Così pure è nulla l'istituzione d'erede, se il testatore non vi ha apposta una condizione, che stava nella sua volontà: l. 9 § 5. 6 D. *h. t.* Diversamente se una condizione riservata nell'istituire l'erede non si riscontra poi nel testamento: l. 8 C. *de inst. et subst.* 6. 25. Mühlenbruch op. cit. p. 422 sg., Vangerow II § 433 osserv. 1 Nr. I. 4, Sintenis III § 171 not. 46, Unger § 13 not. 7; Sarwey, *Arch. per la prat. civ.* XIX. 5.

§ 547. (1) Ulp. XXII. 4: — « *certum consilium debet esse testantis* ». Cfr. Leonhard, *Errore* p. 156 nota 2.

(2) L. 32 pr. D. *de her. inst.* 28. 5. « *Illa institutio " quos Titius voluerit ", ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere* ». Il diritto anteriore andava assai più oltre e dichiarava invalida l'istituzione d'erede d'ogni incerta persona, « *quam per incertam opinionem animo suo testator subicit* ». Per questa ragione nel diritto anteriore non era valida l'istituzione: *a*) d'una persona da determinarsi mediante un avvenimento futuro,

poraneamente indicata la cerchia di persone entro cui il terzo deve fare la scelta[3]. La cosa procede diversamente se la indicazione dell'erede non è rimessa alla nuda volontà, ma al ragionevole apprezzamento del terzo[3];

---

p. es. del futuro sposo della figlia; *b*) d'una persona non ancora nata al tempo della istituzione (*postumus*); *c*) d'una persona giuridica. Ulp. XXII 4-6. 19, Gai. II. 238-242. Relativamente al *postumus suus* soccorreva però già il diritto civile, relativamente al *postumus alienus* l'editto pretorio (pr. I. *de B. P.* 3. 9): relativamente alla persona giuridica v. § 535 Num. 2; anche il primo caso di non validità fu abolito da Giustiniano in una costituzione greca, incompletamente restituita (c. d. *constitutio de incertis personis*, cfr. l. un. C. *de incert. pers.* 6. 48), che egli menziona e conferma nel § 27 I. *de leg.* 2. 20. Cfr. Mühlenbruch XXXIX p. 351 sg., Heumann, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* XIX p. 289 sg., Heimbach, *ib. N. S.* V p. 1 sg., Schmidt, *Diritto formale degli eredi necessari* p. 25 sg., Vangerow II § 429 osserv. 3, Arndts, *Contin. di Glück* XLVI p. 398 sg., Leist, *Ib.* Serie dei libri 37 e 38 IV p. 29 sg., Seuff., *Arch.* XVII. 262.

(3) Nessuna delle due massime indicate nel testo è affermata nelle fonti per le istituzioni d'erede. Ma non fa difficoltà il trasferire alla istituzione d'erede ciò che a questo riguardo vige per i legati (§ 633 nota 19, § 625 nota 12, § 633 nota 15. c). Cfr. l. 69 [68] D. *h. t.*, l. 52 D. *de cond.* 35. 1. Di div. op. Arndts, *Diz. G.* III p. 920 not. 88, Unger § 15 not. 4. V. dall'altra parte Mayer § 16 not. 4. — Dalla massima menzionata per la prima segue, che è anche ammissibile il rimettere ad un terzo la determinazione delle quote degli eredi istituiti. — Ma al riguardo il diritto romano non è stato interamente abrogato dal c. 13 X. *de test.* 3 26 ? « *In secunda quaestione dicimus, quod, qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus* ». In contrario con ragione l'opinione dominante e la pratica. Le menzionate parole sono un frammento d'una decretale, colla quale Innocenzo III non volle immutare il diritto romano, ma soltanto riconobbe per gli ecclesiastici il diritto allora ad essi competente, e basato sulla tradizione, di disporre nella indicata maniera della loro eredità; la vera intenzione del papa era di decidere, che da una disposizione di questa specie venga escluso il diritto del vescovo di assorbire nella sua diocesi l'eredità d'un ecclesiastico morto senza testamento. Se il papa avesse voluto immutare il diritto romano, egli lo avrebbe certo in qualche modo accennato, e se ha soltanto riconosciuto un diritto consuetudinario sussistente, questo diritto consuetudinario, anche se non avesse dovuto sussistere solamente per gli ecclesiastici, è da lungo tempo sparito. V. specialmente Glück XXXIII p. 477 sg. XXXIV p. 1 sg., Vangerow II § 432 osserv. Nr. 4; Holzschuher II § 147 Nr. 6. Di div. op. Mayer, *Teoria dei legati e dei fedecommessi* § 31 nota 13, ed ultimamente Arndts, *Cont. di Glück* XLVI p. 362 sg., [Dernburg III pag. 143.], Seuff., *Arch.* XXXIII. 237. Ma se si considera, che invero è una idea assai sana, che sia lecito al testatore avvalersi nel disporre

2) parimente non è valida l'istituzione d'erede, la cui efficacia è fatta dipendere dalla nuda volontà d'un terzo[4]. Per contro non è inammissibile il far dipendere l'efficacia della istituzione d'erede dal fatto d'un terzo, sebbene il compiere o non compiere questo fatto stia interamente nell'arbitrio del terzo[5]; non è inammissibile neppure il far dipendere l'efficacia dell'istituzione d'erede dal ragionevole apprezzamento d'un terzo[6], presupposto che sia stata effettivamente intenzione del testatore, che la decisione del terzo debba potersi impugnare ed annullare per causa di irragionevolezza[7];

3) una istituzione disgiuntiva di più persone vien mantenuta salda, intendendola come congiuntiva per tutti[8].

---

della perspicacia di terze persone e della loro miglior conoscenza dello stato delle cose al tempo della sua morte (nota 3 secondo punto), ma che è una idea veramente malsana, che egli possa semplicemente abdicare la sua potestà a favore di terzi, si avrà certamente ragione d'esigere la più rigorosa prova per quella pretesa innovazione del diritto canonico. Contro Arndts anche F. Serafini, *Arch. giuridico* III p. 166 sg. [Dernburg loc. cit. ritiene che la pratica abbia ripristinata la regola romana].

(4) *Si Titius voluerit, Sempronius heres esto.* L. 69 [68] D. *h. t.*, cfr. l. 52 D. *de cond.* 35. 1. [§ 633 nota 17.]

(5) L. 69 [68] D. *h. t.*, l. 23 § 2 *eod.*, cfr. l. 52 D. *de cond.* 35. 1.

(6) Anche ciò nelle fonti è attestato soltanto pei legati (§ 633 nota 15 lit. *c*), non per le istituzioni d'eredi, ma v. nota 3. Cfr. Sintenis III § 171 not. 7.

(7) Cfr. l. 30 pr. D. *de op. lib.* 38. 1, l. 22 i. f. D. *de manum. test.* 40. 4, l. 41 § 4 D. *de fidei. lib.* 40. 5; l. 7 pr. D. *de contr. emt.* 18. 1.

(8) L'« oppure » vien trasformato in un « ed ». Così Giustiniano nella l. 4 C. *de V. S.* 6. 38 decidendo un'antica controversia. « *Et si quis eorum altercationes singillatim exponere maluerit, nihil prohibet non leve libri volumen extendere, ut sic explicari possit tanta auctorum varietas, cum non solum iuris auctores, sed etiam ipsae principales constitutiones, quas ipsi auctores retulerunt, inter se variasse videntur* ». Del resto questa interpretazione è soltanto un ripiego per il caso, che non apparisse un'attuabile intenzione del testatore. Cfr. Bernstein, *Riv. della fond. Sav.* IV p. 177 sg., Seuff., *Arch.* XVII. 150. [Dernburg III § 78 n. 12 ritiene oggidì inapplicabile la decisione di Giustiniano, perchè contraddirebbe « allo spirito della lingua tedesca »].

Per indecisione della volontà non è valida la istituzione d'erede, quando il testatore non è certo sulla propria capacità alla confezione d'un testamento[9].

bb. *Influenza dei motivi della volontà.*

§ 548.

1. Non è valida l'istituzione d'erede estorta colla violenza[1], più esattamente l'istituzione d'erede, alla quale il testatore è stato determinato colle minaccie (cfr. I, § 80). Tale invalidità non è nullità, ma impugnabilità[2]. Il di-

(9) « — *nec testari potest, qui an liceat sibi testari dubitat* », l. 1 pr. D. *de leg.* III° 32. V. pure l. 14. 15 D. *qui test.* 28. 1. Fein, *Cont. di Glück* XXXIV p. 34 sg. [Dernburg III pag. 124: « L'applicazione di questa massima nel diritto comune, non si può dimostrare »]. Sulla l. 11 § 1 D. *de test. mil.* 29. 1 e l. 9 D. *de iure cod.* 29. 7 v. Fitting, *Castrense peculium* p. 191 sg.

(1) Dig. 29. 6 Cod. 6. 34 *si quis aliquem testarit prohibuerit vel coëgerit.* § 548.

(2) Della istituzione d'erede estorta con violenza tratta soltanto un unico passo delle fonti, la l. 1 C. *h. t.*, e questo dice solamente, che contro tale istituzione d'erede è ammissibile una « *civilis disceptatio* », senza far un accenno qualsiasi sul contenuto di questa *civilis disceptatio.* Onde non è da meravigliarsi, se in proposito vi è molta controversia. Tre opinioni si stanno di fronte: 1) la istituzione d'erede estorta con violenza sarebbe nulla; 2) essa sarebbe impugnabile; 3) essa non sarebbe nè nulla, nè impugnabile, ma l'eredità verrebbe tolta all'autore della violenza a causa d'indegnità, ed essa si devolverebbe quindi al fisco. Di queste opinioni è dominante la prima; a favore di essa specialmente Glück XXXIII p. 426 sg., Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XLIII p. 485 sg., Arndts § 491 not. 2, Schliemann, *Teoria della violenza* p. 80 sg., Kramer, *De leer van den physischen dwang* (la teoria della coazione fisica) p. 86 sg., Brinz, 1ª ediz. p. 1425. 2ª ediz. III § 377 nota 5, [Lenel, *Riv. della fond. Savigny* X p. 71 sg.]. La terza opinione è oggidì ancora difesa p. es. da Rosshirt, *Diritto ereditario testament.* I p. 262 sg., Heimbach nel *Dig. G.* X p. 918 sg., [Caporali, *Rivista italiana per le scienze giuridiche* IV p. 3 sg. (cfr. Schneider, *Ann. per la dogmatica* XXXII p. 257 sg.)]. La seconda è stata proposta soltanto nell'epoca moderna; a favore di essa specialmente Vangerow II § 431 osserv. 1 Nr. 2 (dopo la 6ª ediz.), Sintenis III § 171 not. 53*b* (dopo la 2ª ediz.), Puchta § 472 c, Seuffert § 534 nota 4, Keller § 492 Nr. III. A. A favore del concetto d'indegnità si fa valere come ragione principale l'analogia di quanto vige per il caso d'impedimento d'una istituzione d'erede a mezzo di violenza, sebbene il rapporto qui

ritto d'impugnativa compete a chi è escluso a cagione dell'istituzione d'erede, quindi all'erede *ab intestato* e rispet-

---

sia però affatto diverso (v. nota 9). Per l'assoluta nullità si fa richiamo alla l. 2 § 7 D. *de B. P. s. t.* 37. 11, la quale però non tratta del caso, in cui all'*heres scriptus* manca la propria, ma di quello, in cui gli manca l'effettiva volontà dell'ereditando, e ad una illazione manifestamente non irresistibile dalla l. 20 § 10 D. *qui test.* 28. 1, nella quale la testimonianza testamentaria estorta con violenza è dichiarata nulla. Per l'impugnabilità sta l'analogia della disciplina giuridica della coazione in altri punti (I § 80), analogia che non si deve abbandonare senza necessità, e non sta certamente in contrario un argomento, che viene specialmente accentuato da Schliemann e Kramer, che una impugnativa non avrebbe senso qui, nè quanto alla persona dell'autore della istituzione coartata, nè quanto a quella dei suoi eredi: l'impugnativa in questo caso, come in ogni altro, compete a colui, che è stato pregiudicato dall'atto estorto. D'altro canto però anch'io sono assai dubbio, se la soluzione giusta sia il sottoporre senz'altro l'istituzione d'erede estorta con violenza ai principî dell'*actio quod metus causa* ed alla *in integrum restitutio propter metum;* deve sorprendere, che le fonti non contengano alcuna traccia d'una tale estensione dell'indicato mezzo giuridico, mentre la l. 20 D. *de V. S.* 50. 16, la cui connessione originaria certo rimane oscura, sta in contrario. Mi pare che sia assai più conforme allo spirito del diritto romano, dedurre l'impugnabilità dell'istituzione coartata, indipendentemente dalle statuizioni dell'editto pretorio, dalla massima generale, che una disposizione d'ultima volontà, la quale invero contiene la volontà effettiva del testatore, ma sta in contraddizione colla sua propria volontà, può essere impugnata da colui che è escluso da tale disposizione, massima, che il diritto romano ha applicato specialmente anche nella teoria dell'errore e della presupposizione (v. in questo § Num. 2). Cfr. l. 4 § 10 D. *de doli exc.* 44. 4. « *Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere: et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur* ». A questa stregua quindi in particolare è da affermare, che la violenza relativa alla istituzione d'erede non possa farsi valere contro il terzo acquirente, ma contro l'istituito stesso invece possa farsi valere anche la violenza adoperata da un terzo. Per il resto la ragione di colui che è danneggiato dalla violenza contro l'autore di questa ha la natura dell'*actio quod metus causa*, quella contro un istituito che non ha adoperato violenza ha la natura d'una *condictio sine causa* (§ 423 Num. 1). — Schlossmann, *Sulla teoria della violenza* p. 48 sg. (Lipsia 1874) ha cercato di dimostrare, che l'istituzione d'erede coartata in genere non è invalida, nè nulla nè impugnabile. Egli dal silenzio delle fonti inferisce, che il diritto romano qui non ha punto voluto dar valore alla propria volontà del testatore di fronte a quella effettiva formalmente espressa. Io credo che in questo modo di vedere si sia dato poco peso tanto alla l. 1 C. *h. t.* quanto alle disposizioni del diritto romano sull'errore. [Dernburg III § 80 ritiene siavi indegnità, ma per il diritto attuale fa subentrare, come nella indegnità in genere, non il fisco ma i prossimiori chiamati].

tivamente a quello spontaneamente istituito: ciò che l'autore della violenza avrebbe ricevuto senza la coartata istituzione d'erede[3], gli vien tolto a causa d'indegnità e si devolve al fisco[4]. A mezzo di successiva ratifica resta sanata la invalidità della istituzione d'erede estorta colla violenza[5]. Le esortazioni, anche se importune, non costituiscono coazione[6]. — Lo impedire colla violenza od altrimenti a bello studio[7] una istituzione d'erede fa sì, che l'autore dell'impedimento perda come indegno a favore del fisco ciò, che egli riceve in conseguenza dell'impedimento[8-9].

---

(3) Egli stesso è erede *ab intestato* od erede istituito, ma si è voluto procacciare, a mezzo della violenza, una quota ereditaria maggiore, o la liberazione dai legati, od egli ha esercitata la violenza a favore d'un terzo.

(4) Ciò invero è controverso (in contrario Glück XXXIII p. 432. 433, a favore Vangerow Nr. 2 in f., Kramer op. cit. p. 281); ma discende da quanto è detto nella nota 9 lit. *a*. — In egual modo deve subentrare il fisco, se manca affatto un erede *ab intestato* od un erede istituito.

(5) Diversamente devono decidere, com'è naturale, quelli, che ritengono siavi assoluta nullità; essi devono esigere un nuovo testamento. Così fanno effettivamente Mühlenbruch XLIII p. 490. 491, Schliemann op. cit. p. 140. 141. La ratifica può eventualmente consistere anche nel lasciar sussistere il testamento. Cfr. Schlossmann op. cit. p. 58 sg.

(6) L. 3 C. *h. t.*, cfr. l. 3 D. *h. t.* V. però anche Glück XXXIII p. 433. 434, anche Holzschuher II § 144 nota 4. Seuff., *Arch.* XXV. 120. Cfr. pure *ib.* V. 195.

(7) P. es. col trattenere un testimonio, l. 1 pr. l. 2 pr. D. *h. t.*, l. 3 § 5 D. *ad S. C. Treb.* 36. 1.

(8) Come erede legittimo, o come erede testamentario, ed anche come legatario.

(9) L. 1 pr. D. *h. t.*, l. 2 C. *h. t.*, l. 19 D. *de his quae ut. ind.* 34. 9, l. 3 § 5 D. *ad S. C. Treb.* 36. 1. In proposito è più particolarmente da osservare quanto segue. — *a*) L'impedimento non torna a danno de' terzi incolpevoli: l. 2 § 1 l. 1 § 1 i. f. D. *h. t.*, v. però anche l. 1 § 1 in pr. D. *h. t.* Da ciò segue, che il motivo per cui si toglie all'autore dell'impedimento non è già che egli non ha per sè la volontà propria dell'ereditando, ma il suo illegale comportamento, come tale. Il diritto romano ha manifestamente considerato, che la dichiarazione di volontà, sulla quale si sarebbe dovuta fondare la mancanza di volontà propria, era soltanto progettata, ad ogni modo è rimasta incompleta — al qual riguardo è da riscontrare specialmente anche la l. 22 D. *de adim.* 34. 4. — *b*) In ciò sta anche il motivo, per cui non è riconosciuta una ragione all'ere-

2. L'errore nel motivo in sè e per sè non rende invalida l'istituzione d'erede, neppure se l'erroneo motivo sia stato espresso nella istituzione[10]. Diversamente quando l'erroneo motivo era non soltanto occasione, ma vera ragione determinante[11], cioè, quando è certo, che senza l'errore l'istituzione d'erede non sarebbe stata fatta, od in altri termini, quando il motivo è stato elevato a presupposto[12]. A dire il vero, neppure in questo caso l'istituzione d'erede è mai nulla; ma essa può bene impugnarsi da colui, che senza quell'istituzione avrebbe ricevuta l'eredità[13]. Un tale errore può avere per oggetto una qualità della persona istituita[14],

---

dità a favore di colui, che l'ereditando ha voluto istituire erede (di colui, che senza la violenza avrebbe ricevuta l'eredità). Vi è appunto una differenza, così ritiene il diritto romano, fra colui, che come erede devesi soltanto designare, e colui, che come erede è già designato dalla legge o dall'ereditando. È un'altra questione, se per ciò che fu frustrata l'aspettativa di essere nominato erede non sia fondata una ragione di risarcimento (*actio doli*), e tale questione non può sicuramente risolversi in senso negativo. Vangerow II § 431 osserv. 1 Nr. 1, Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XLIII p. 484. — *c*) Ciò che gli si devolve il fisco lo riceve col peso dei legati relativi, l. 2 § 2 D. *h. t.*, l. 3 § 5 D. *ad S. C. Treb.* 36. 1. La l. 19 D. *de his quae ut ind.* 34. 9 è da riferire al caso in cui la intenzione del testatore era di revocare anche i legati. Vangerow loc. cit., Mühlenbruch op cit. p. 480 sg.

(10) *Falsa causa non nocet*, massima, che invero nelle fonti è affermata soltanto per legati (§ 31 I. *de leg.* 2. 20, l. 17 § 2 l. 72 § 6 D. *de cond.* 35. 1), ma se essa vale per i legati, tanto più è vera per le istituzioni d'erede.

(11) La l. 72 § 6 D. *de cond.* 35. 1 citata nella nota 10 suona: « *Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si* (se cioè) *probetur alias legaturus non fuisse* ». V. pure l. 4 § 10 D. *de dol. exc.* 44. 4 (nota 2 in f.).

(12) V. I § 78. 98. Windscheid, *Teoria della presupposizione* p. 36 sg. 69. 76 sg., Unger § 13 nota 3. — Cfr. inoltre Weil, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* XX. 3, Vangerow II § 431 osserv. 2.

(13) V. i passi citati nelle due note seguenti.

(14) P. es. il testatore ritiene erroneamente che l'istituito sia suo figlio o suo fratello. L. 7 C. *de her. inst.* 6. 24. « *Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Cum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit, portionem hereditatis, quam is, adversus quem supplicas, velut adoptatus frater heres institutus tenet, restitui tibi curae praeses provinciae habebit* ». L. 1 § 11 D. *de Carb.* ed. 37. 10, l. 5 C. *de test.* 6. 23, l. 4 C. *de her. inst.* 6. 24. Cfr. l. 14 § 2 l. 15 D. *de lib. et post.* 28. 2; l. 27 D. *de usu et*

od un altro fatto[15]. Del resto il diritto romano ha riconosciuto questo effetto dell'errore rispetto alla istituzione di erede soltanto con titubanza e gradatamente[16]. — Non altri-

---

usufr. 33. 2, l. 88 D. *de leg.* I° 30. Seuff., *Arch.* XXIV. 125. — Deve l'errore essere scusabile? Cfr. § 633 nota 22. — Se la qualità attribuita all'istituito non costituisce presupposto della istituzione, il ritenere erroneamente tale qualità non rende invalida l'istituzione neppure quando la qualità è stata espressamente indicata nell'istituzione pronunciata: *falsa demonstratio non nocet.* L. 33 pr. D. *de cond.* 35. 1. « *Falsa demonstratio neque legatario neque fideicommissario nocet neque heredi instituto, veluti si fratrem dixerit vel sororem vel nepotem vel quodlibet aliud; et hoc ita iuris civilis ratione et constitutionibus divorum Severi et Antonini cautum est* ». L. 49 [48] § 3 D. *h. t.* 28. 5. Cfr. la letteratura indicata nel § 633 nota 13.

(15) P. es. il testatore ritiene erroneamente, che il suo erede *ab intestato* o 'i stituito da lui in un anteriore testamento sia morto. L. 28 D. *de inoff.* 5. 2, l. 93 [92] D. *h. t.* Cfr. pure Seuff., *Arch.* XXXIII. 44.

(16) Ciò risulta dai seguenti fatti: *a*) L'imperatore Tiberio in un caso in cui un testatore aveva istituito uno schiavo, nell'erronea opinione che egli fosse un uomo libero, e gli aveva sostituito un altro, decise che l'eredità (la quota d'istituzione) andasse divisa fra il padrone dello schiavo ed il sostituito § 4 I. *de vulg.* 2. 15, l. 41 [40]. 42 [41] D. *h. t.* Questa decisione si fonda su ciò, che invero nell'interpretazione della condizione della sostituzione (*si Stichus heres non erit*) si esplicava la propria volontà del testatore, non invece nell'interpretazione della istituzione d'erede (*Stichus heres esto*). (La controversia, che relativamente ai testi addotti si agitò fra Huschke da una parte [*Riv. pel dir. e per la proc. civile* XII p. 375 sg. XV p. 237 sg.] e dall'altra Arndts, *ib.* XIII p. 293 sg. XIX p. 355 sg., Vangerow, *Annali di Richter* 1839 p. 571 sg., Mayer, *Diritto ereditario* § 21 not. 3, non si riferisce a questo punto, ma alla disciplina delle condizioni alternative, cfr. Vangerow II § 434 in f.). — *b*) Nei casi dei passi citati nella nota precedente gli imperatori Adriano e Severo e Caracalla decidono, che invero l'istituzione d'erede provocata da errore debba porsi da banda, ma che i legati che la gravano debbano corrispondersi anche dai nuovi eredi. Cfr. pure l. 3 C. *de inoff. test.* 3. 28. — *c*) Infine ha trovato espressione anche il concetto, che sicuramente l'istituito erede per errore non abbia l'eredità, ma che questa non si devolva neppure a colui che egli esclude, ma piuttosto la incameri il fisco. L. 46 pr. D. *de I. F.* 49. 14, colla quale debbono porsi a riscontro le l. 1 § 11 D. *de Carb. ed.* 37. 10, l. 4 C. *h. t.* 6. 24. — A me pare, che qui, come avviene così spesso, abbiamo da fare con una evoluzione graduale del diritto romano, la cui ultima parola non può esser dubbia. V. pure Vangerow loc. cit., Puchta § 472 e, Arndts § 491 not. 1, Unger § 13 not. 3, Vering p. 301, mentre Savigny, *Sistema* III p. 377, Sintenis III § 171 not. 60 non vogliono andare oltre le singole decisioni delle fonti, v. pure Brinz p. 766. 1412. 2ª ediz. III p. 82. 83, [Wendt p. 795 sg.]. A stregua di quest'ultima opinione si decide in Seuff., *Arch.* XI. 58, XXIV. 132.

menti che l'errore in sè, opera anche l'errore provocato da dolo, per cui non occorre trattare qui particolarmente del dolo[17].

3. Per ciò che il motivo è riprovato dal diritto, è invalida[17a] l'istituzione d'erede, che serve soltanto come mezzo, per provocare una desiderata disposizione d'ultima volontà d'un altro[18]; l'istituzione del principe per vessare l'avversario di lite[19]; l'istituzione d'erede per onta[19a]; l'istituzione di un nascituro da procrearsi con una persona, colla quale il matrimonio è impossibile[20].

---

(17) Vangerow II § 431 osserv. 3. Possibile subingresso del fisco secondo l'analogia di quanto vige per la violenza. V. note 3. 4. 9.

(17 a) Cfr. su quanto segue Steinfeld, *Sul principio della benevolentia per la validità delle attribuzioni d'ultima volontà* [über den Grundsatz der benevolentia für die Gültigkeit letztwilliger Zuwendungen], Celle 1884.

(18) La c. d. istituzione d'erede captatoria. L. 71 [70] D. *h. t.* « *Captatorias institutiones non eas senatus improbavit, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis* ». Cfr. l. 72 [71] l. 82 [81] § 1 *eod.*, l. 1 D. *de his quae pro non scr.* 34. 8. Questa disposizione vale anche pei testamenti militari, l. 11 C. *de test. mil.* 6. 21. È indifferente che l'intenzione fosse rivolta a muovere l'istituito stesso, od un altro, ad una disposizione d'ultima volontà; cfr. l. 72 [71] § 1 D. *h. t.* V. in genere: W. Sell, *Saggi* II p. 295 sg., Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXIX p. 206 sg., Vangerow II § 434 osserv. 1 Nr. II. 4, Steinfeld op. cit. p. 25 sg. Contro l'affermazione, che anche la disposizione captata sia nulla od almeno inefficace a favore del fisco (Mühlenbruch op. cit. p. 221 sg.), v. Thibaut, *Saggi* I p. 65 sg., Vangerow loc. cit., Holzschuher II § 147 Nr. 5 e gli scrittori citati da questi. Cfr. Steinfeld p. 34. — Nel diritto romano anteriore era anche inammissibile il servirsi dell'istituzione d'erede come mezzo per determinare alcuno ad un certo comportamento, cioè fare una istituzione d'erede a lui pregiudizievole sotto la condizione del comportamento opposto, c. d. *institutio poenae nomine facta;* Giustiniano ha abrogato questo divieto. Gai. II. 235. 243, Ulp. XXIV. 17; l. un. C. *de his quae poenae nomine* 6. 41, § 36 I. *de leg.* 2. 20. Cfr. Sell op. cit. p. 273 sg., Keller, *Istit.* p. 368 sg., Vangerow II § 434 osserv. Nr. II. 5, Huschke, *La multa ed il sacramentum* p. 303 sg., Steinfeld p. 9 sg.

(19) L. 92 [91] D. *h. t.*, § 8 I. *quib. mod. test. infirm.* 2. 17; *Paul. sentent.* V. 12 § 8. Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXIX p. 300 sg., Steinfeld p. 18 sg.

(19a) L. 9 § 8 D. *h. t.*, cfr. l. 50 [49] § 1 *eod.* Steinfeld p. 22.

(20) L. 9 § 1. 3. 4 D. *de lib. et post.* 28. 2, § 28 I. *de leg.* 2. 20, cfr. l. 28 § 3 D. *de lib. et post.* 28. 2, Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXIX p. 388 sg.,

cc. *Capacità dell'istituito**.

§ 549.

L'istituzione d'erede può infine essere invalida anche a causa d'un difetto nella persona dell'istituito. Invalida è: *a*) l'istituzione di uno non ancora esistente (almeno nell'utero materno) al momento della morte dell'ereditando[1], e *b*) l'istituzione d'una delle persone menzionate sopra al § 535, n. 2, nella teoria generale dell'incapacità a succedere. A ciò che s'è detto là è ancora da aggiungere quanto segue:

1. Per quanto concerne l'istante, nel quale si pone mente alla capacità di essere istituiti[1a], questa deve sussistere non solamente al tempo della istituzione, ma anche al tempo del fatto che dà luogo alla chiamata, e d'allora in poi non interrottamente fino all'acquisto[2].

Heumann, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* XIX p. 349 sg., Heimbach, *Ib. N. S.* V p. 17 sg., Leist, *Cont. di Glück* Serie dei libri 37 e 38 IV p. 41 sg. Mühlenbruch dichiara invalida come immorale l'istituzione d'ogni persona da concepire fuori matrimonio, concordano Unger § 14 not. 6, Arndts nel *Diz. G.* III p. 913 (cfr. *Pand.* § 491 not. 5), e, tuttavia per un'altra ragione, Heumann. Leist distingue, se nel caso concreto nell'istituzione si contenga o no uno scandalo morale.

(*) Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXIX p. 117 sg., Arndts, *Diz. Giur.* III p. 908 sg., Mayer I § 15-18, Schirmer § 4, Köppen, *Sistema* § 5, Tratt. § 3, Sintenis III § 167 Nr. II, Vangerow II § 429.

(1) V. § 535 nota 5. § 549.

(1 *a*) Questa espressione qui viene usata per amore di brevità; propriamente essa è inesatta. Esattamente presa *Eisetzungsfähigkeit* (capacità d'istituzione) non è la capacità di venire istituiti, ma la capacità d'istituire.

(2) L. 50 [49] § 1 D. *h. t.*, § 4 I. *de her. qual.* 2. 19 (sulle parole: « *in extraneis heredibus* » cfr. Mühlenbruch p. 123 sg., Schirmer nota 53). L'incapacità nel tempo intermedio fra l'istituzione d'erede e l'avveramento del caso che determina la vocazione non nuoce, v., oltre ai citati passi, ancora l. 6 § 2 l. 60 [59] § 4 l. 51 [50] pr. D. *h. t.* Cfr. Karlowa, *Negozio giuridico* p. 123 sg. Il caso che determina la chiamata si verifica di fronte ad una istituzione d'erede condizionale soltanto coll'adempimento della condizione, per modo che l'inca-

2. Per quanto riguarda la capacità di essere istituite delle persone giuridiche, è controverso, se possa istituirsi erede anche una persona giuridica (fondazione) che si crei solo a mezzo dell'atto di ultima volontà?[3]. Tale questione, posta in questi termini, deve risolversi negativamente; non può istituirsi erede una persona, della cui esistenza è presupposto l'istituzione stessa d'erede[4]. Può bensì

---

pacità al tempo della morte del testatore non nuoce, v. i passi citati. Mühlenbruch p. 128 sg., Köppen, *Sistema* nota 56. Contro l'opinione, che in caso d'istituzione d'erede condizionale, non nuocia neppure la incapacità al tempo della istituzione v. Arndts, *Mus. Ren.* V p. 209 sg., Mühlenbruch p. 138 sg.; contro l'opinione che un incapace al tempo dell'istituzione possa validamente essere istituito erede almeno sotto la condizione, che egli diventi capace Mühlenbruch p. 144 sg., Mayer § 18 nota 1), la quale opinione è poggiata sulla l. 63 [62] pr. D. *h. t.*, v. Arndts, *Mus. Ren.* V p. 212 sg. e *Diz. G.* p. 910, Vangerow II § 429 osserv. 1 Nr. IV, Köppen, *Sistema* p. 314. 321. Cfr. pure Savigny, *Sistema* VIII p. 457 sg.

(3) Tale questione è stata discussa con grande vivacità specialmente in relazione a due casi presentatisi nella pratica, il caso del testamento del negoziante Städel in Francoforte sul M., dell'anno 1815, ed il caso del testamento del tesoriere provinciale Blum in Hildesheim, dell'anno 1832. Di quanto fu pubblicato sul primo caso, qui debbono essere posti in rilievo gli scritti di Elvers (*Illustrazioni teorico-pratiche sulla teoria della capacità a succedere per testamento, in particolare di persone giuridiche* [theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit insbesondere juristischer Personen], Göttingen 1827), che si è dichiarato a favore, e di Mühlenbruch (*Apprezzamento giuridico del caso della successione ereditaria* Städel [Rechtliche Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles], Halle 1828), che si è dichiarato contro la validità d'una tale istituzione; in relazione al secondo caso Northoff (*La validità dell'istituzione d'erede d'una pia fondazione da costituirsi nel testamento del fu tesoriere provinciale Blum di Hildesheim* [die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Testamente des Weil. Landrentmeisters Blum zu Hildesheim], Göttingen 1833) è sceso in campo per la validità. Contro la validità v. inoltre i ragionamenti di Mühlenbruch nella *Cont. di Glück* XXXIX p. 451 sg. XL p. 1 sg.; e dell'epoca moderna: Sintenis III p. 353-355 (che segue in tutto Mühlenbruch), Roth, *Ann. per la dogm.* I, p. 209 sg., Schirmer § 4 p. 32; a favore della stessa Arndts, *Diz. G.* III p. 915-916 e *Cont. di Glück* XLVI p. 413 sg, Brinz 1ª ediz. p. 754 sg. 1069 sg., Demelius, *Ann. per la dogm.* IV p. 140 sg., Unger § 14 nota 8, v. pure Kierulff p. 150-152 [Gierke, *Teoria dell'associazione* p. 126].

(4) Nel testamento di Städel si diceva: « La mia collezione di quadri, disegni, incisioni in rame e oggetti d'arte, insieme ai libri relativi sarà la base

per disposizione d'ultima volontà, istituzione di erede o legato, assegnarsi un patrimonio disponendone l'impiego in un certo scopo pio o di comune utilità, e con ciò può crearsi una persona giuridica[5]. Ed appunto una tale assegnazione ha manifestamente di mira colui, che istituisce una fondazione da costituirsi coll'atto di sua ultima volontà, per modo che la sua disposizione può essere tenuta ferma per via di un mutamento interpretativo facile, e che dà valore alla volontà effettiva.

3. Pei soldati secondo il diritto romano non vige il requisito della capacità nell'istituito[6]; oggidì i soldati sottostanno alla regola comune[7].

---

d'un istituto di belle arti Städeliano che con questo atto viene da me fondato a vantaggio di questa città e cittadinanza. Questo istituto d'arte Städeliano io lo istituisco con questo atto mio erede universale nella restante intera mia eredità in patrimonio mobiliare ed immobiliare..... ».

(5) Il diritto romano riconosceva le istituzioni d'erede a favore « dei poveri » e « dei prigionieri » coll'effetto, che nell'ultimo caso il vescovo della residenza del testatore, nel primo, se non si sia avuto presente un determinato ricovero di poveri, il ricovero della residenza del testatore od il più povero fra i più ricoveri colà esistenti, ma in mancanza d'un ricovero di poveri similmente il vescovo, prenda l'eredità e la impieghi nei determinati scopi quanto al capitale od alle rendite. L. 24. 28. 48 [49] C. *de ep. et cler.* 1. 3, Nov. 131 c. 10. 11. Cfr. pure Seuff., *Arch.* XI. 9, XIV. 103 nota 2, XVIII. 4. Con ciò è riconosciuto un principio, che noi siamo ben autorizzati ad applicare ad altre fondazioni che oggidì si presentano, sebbene il loro scopo non sia pio, ma soltanto di comune utilità. Di div. op. invero, appunto a quest'ultimo riguardo: Mühlenbruch. *Cont. di Glück* XL p. 39 sg.; però v. Brinz 1ª ediz. p. 1075, Arndts, *Cont. di Glück* XLVI p. 320 sg., Bekker, *Pand.* I p. 282 sg. Seuff., *Arch.* I. 97, XVI. 232, XXIX. 149. Sulla questione, se sia necessaria la concessione della personalità giuridica per parte dello Stato v. I § 60 nota 1. 2.

(6) Cioè essi possono diventar eredi in base alla istituzione, purchè al tempo dell'acquisto siano capaci. L. 13 § 2 D. *de test. nul.* 29. 1, l. 5 C. *eod.* 6. 21; l. 22 C. *de haer.* 1. 5. Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XLII p. 74 sg., Arndts, *Ib.* XLVI p. 384 sg.

(7) Legge militare dell'Impero 2 maggio 1874 § 44 (§ 537 nota 4*a*).

§ 550.

Dalla incapacità di essere istituiti vuolsi tenere distinta un'altra specie di incapacità testamentaria di succedere[1], che usualmente si chiama incapacità di acquistare o *Incapacität*[2]. La particolarità di questa (semplice) incapacità di succedere consiste in ciò, che essa nuoce solamente quando sussiste all'epoca dell'acquisto[3], e solamente quando nel

---

§ 550. (1) Soltanto nell'epoca moderna essa fu esattamente riconosciuta in antitesi alla capacità di essere istituita. Müller, *Sulla natura della donazione a causa di morte* [über die Natur der Schenkung auf Todesfall] p. 82 sg. (1827). v. Schröter, *Rivista pel dir. e per la proc. civ.* II p. 120 sg. (1829). Hasse, *Mus. renano* III p. 411 sg. (1829). Vangerow, *Sui Latini Juniani* p. 112 sg. (1833). Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXVIII p. 360 sg. XXXIX p. 117 sg. (1835. 1836). Arndts, *Diz. G.* III p. 908 sg. (1841). Mayer § 15. 17. 18, Vering p. 275 sg., Schirmer p. 41 sg., Köppen, *Sistema* p. 298 sg. *Trattato* p. 68 sg. Vangerow II § 429 osserv. 1, Sintenis III § 167 not. 15, Brinz § 205. [2ª ediz. III p. 57].

(2) Per designare questa specie di capacità di succedere per testamento le fonti usano di preferenza le espressioni *capere, capax, capacitas;* ma in modo, che queste espressioni vengono riferite senza difficoltà anche alla capacità di essere istituiti (v. p. es. Gai. I. 25. II. 110, § 4 I. *de her. qual.* 2. 19, l. 73 § 1 D. *de leg.* I° 30, l. 1 C. *h. t.* 6. 24), come pure viceversa in Ulp. XVI. 1 la capacità d'acquisto viene designata come *libera testamenti factio.* Contro l'espressione *capacità d'acquisto* io ho obbiettato altre volte, che essa trae in inganno, perchè anche in questa specie d'incapacità di succedere per testamento, la ragione, per cui l'istituito nulla riceve, non è già, che egli non possa acquistare l'eredità deferitagli, ma, come nell'incapacità di essere istituito, che l'eredità non gli è punto deferita; non essere un pensiero sano, che il diritto offra qualche cosa ad alcuno e soggiunga: ma tu non sei capace di prenderlo; se il diritto non voglia, che alcuno riceva qualche cosa, non glie la offrirà punto. Così anche Köppen, *Sistema* p. 301. 302, cfr. *Trattato* p. 68. In contrario stanno però le disposizioni della *lex Furia* e della *lex Voconia* sulla misura dei legati (Gai. II. 225. 226), e cfr. pure Karlowa, *Negozio giuridico* p. 129 nota 1.

(3) L. 52 D. *de leg.* II° 31, l. 11 D. *de vulg.* 28. 6, l. 82 D. *de A. v. O. H.* 29. 2. Non occorreva, secondo il diritto romano, che l'acquisto avesse luogo sempre non sì tosto deferita l'eredità; in certi casi vi era, a vantaggio dell'istituito, un termine legale. Ulp. XVII. 1. XXII. 3, *fragm. de I. F.* § 3. Anche il testatore può concedere all'istituito un tale termine; anzi egli può addirittura istituire pel tempo della conseguita capacità, l. 63 [62] pr. D. *h. t.* V. però anche nota 9 i. f. — Del resto questa distinzione fra la semplice capacità d'acquistare per testa-

caso concreto l'istituito coll'adizione dell'eredità guadagna effettivamente qualche cosa[4]; inoltre in ciò, che relativamente a quanto per causa di essa non viene acquistato, non vigono interamente gli stessi principî, come per ciò che non viene acquistato a causa d'incapacità di essere istituiti[5]. Ma i casi, nei quali questa specie d'incapacità d'acquisto trovava applicazione nel diritto romano, sono già diminuiti di molto nel diritto giustinianeo di fronte al diritto romano anteriore[6], ed anche di quelli rimasti nel diritto giustinianeo[7] oggigiorno ha incontroverso vigore pratico soltanto ancora uno: un coniuge non può ricevere per disposizione d'ultima volontà dell'altro coniuge, che anteriormente era

---

mento e la capacità di essere istituiti è oggidì praticamente di importanza infinitamente minore di quanto lo fosse nel diritto romano. Perchè si possa farla valere, si presuppone, che al tempo dell'acquisto sia capace di essere istituito alcuno, che non lo era in un tempo anteriore. Un tale mutamento era presso i Romani facilmente possibile relativamente agli stati della libertà e cittadinanza, mentre oggidì esso può presentarsi solamente ancora in modo, che una corporazione istituita acquisti il privilegio della capacità di succedere soltanto dopo l'istituzione. Cfr. Köppen, *Sistema* p. 303. 314-315.

(4) Quindi non p. es. se l'eredità è oberata, o se egli deve restituire ad altri quanto gli fu attribuito. L. 73 [72] D. *h. t.;* l. 42 D. *de leg.* II° 31, l. 28 D. *de leg.* III° 32.

(5) Questa distinzione invero è stata assai ristretta, ma non affatto eliminata, dalla l. un. C. *de cad. toll.* 6. 51. Cfr. Köppen nota 30.

(6) L'*incapacitas* è stata introdotta dalla *lex Julia* e *Papia Poppaea* per i *coelibes* e gli *orbi*, e dalla *lex Julia Norbana* per i *Latini Juniani*, e questi sono sempre rimasti i suoi principali e proprî casi d'applicazione. Nel diritto Giustinianeo essi, com'è noto, non vigono più. Cod. 8. 57 *de infirmandis poenis coelibatus et orbitatis et de decimariis sublatis*, l. un. C. *de Latina libertate tollenda* 7. 6. Mühlenbruch p. 180 sg.

(7) Oltre i menzionati in seguito, vi sono ancora i due seguenti: 1) l'incapacità di succedere delle *mulieres probrosae*, fondata sopra una disposizione dell'imperatore Domiziano, *Suet. Domit.* c. 8, l. 41 § 1 D. *de test. mil.* 29. 1, l. 23 § 3 C. *de nupt.* 5. 4. Mühlenbruch p. 264 sg., Vangerow loc. cit. Nr. III. 3, Köppen, *Sistema* p. 300. Contro l'odierna applicabilità di questa disposizione si dichiarano Mühlenbruch p. 276. W. Sell negli *Ann. di Sell* III p. 424 sg., Sintenis III § 167 not. 15, Köppen, *Sistema* p. 316. *Trattato* p. 69 not. 1. — 2) Una donna, che entro l'anno del lutto si rimarita, non può lasciare al nuovo coniuge più d'un terzo del suo patrimonio. V. su questa disposizione, anche per quanto riguarda il suo valore odierno, II § 512.

congiunto in altro matrimonio, più di quanto riceve il figlio del primo matrimonio meno favorito[8]. Ma inoltre è ancora da riferire a questo punto la massima, che chi lascia discendenti legittimi, non può elargire ai suoi figli naturali ed alla loro madre in complesso più di $^1/_{12}$, alla madre sola più di $^1/_{24}$ della sua eredità[9].

b. *Contenuto della istituzione d'erede*[*].

α. *Istituzione di più persone.*

§ 551.

Contenuto della istituzione d'erede è la vocazione alla successione nel patrimonio come tutto (§ 528). In proposito qui non occorrono ulteriori osservazioni; invece è da trattare più partitamente d'alcuni casi particolari, dei quali quello indicato nel titolo di questo paragrafo è il primo.

---

(8) V. II § 511 Num. 3.

(9) Nov. 89 c. 12 § 2. 3 c. 13 cfr. l. 2. 8 C. *de nat. lib.* 5. 27. Quel che fu lasciato di troppo si devolve ai discendenti legittimi. La Novella parla soltanto di *liberi naturales*, figli di concubina; la sua odierna applicabilità a questi, come pure la sua estensione a figli illegittimi in genere, è assai controversa. In favore Mayer § 17 not. 6, Arndts, *Diz. G.* III p. 917 e *Tratt.* § 492 not. 6. Puchta § 471*d*, Köppen, *Sistema* p. 316-317. *Tratt.* p. 70; in contrario Mühlenbruch p. 328. 336 sg., Vangerow II § 429 osserv. 2 Nr. 1, Sintenis III § 167 nota 15. La pratica è decisamente in favore, v. le citazioni in Mühlenbruch p. 337 e Seuff., *Arch.* X. 64, XXXVIII. 235 (Trib. dell'Imp., *Sent.* VIII p. 119); in contrario ha sentenziato il Trib. Sup. d'app. di Celle nell'anno 1854 (Seuff., *Arch.* VIII. 68 e XI. 262 [la stessa sentenza]). — Del resto Vangerow II § 429 osserv. 2 in pr. in questo, come nel caso della nota 8, ritiene siavi non incapacità d'acquistare, ma incapacità d'essere istituito; quindi ai figli illegittimi p. es. non gioverebbe per nulla la legittimazione dopo il testamento. In contrario Köppen § 5 nota 27. — Quest'ultimo scrittore però per gli indicati due casi si dichiara, p. 320, con buoni argomenti contro l'ammissibilità d'una istituzione pel caso, che l'istituito sopravvivesse alla morte delle persone che gli ostacolano la via (istituzione pel caso di capacità, nota 3).

(*) Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XL p. 109 sg. Arndts, *Diz. G.* III p. 920 sg. Mayer § 25. 26, Vering p. 309-321. Sintenis II p. 395 sg., Vangerow § 449, osserv. 2. 3, Unger § 15.

1. Più eredi istituiti, se il testatore non ha loro assegnate quote, si hanno come chiamati in parti eguali[1], a meno che dal contesto della istituzione non si possa argomentare una diversa intenzione del testatore[1a]. Questo caso si verifica specialmente quando il testatore ha nominati insieme alcuni degli eredi, nel qual caso è sua presunta volontà, che questi debbano ricevere tutti insieme soltanto una parte[2]; inoltre quando il testatore ha istituiti i suoi eredi *ab intestato* come tali, nel qual caso è da considerare come sua volontà, che essi sieno chiamati alle loro quote ereditarie *ab intestato*[3].

2. Se il testatore accanto ad uno od a più istituiti con indicazioni di quota, ha istituito uno o più altri senza tale indicazione, ciò è da interpretare nel senso, che gli istituiti senza indicazione di quota debbono ricevere la parte del tutto non attribuita[4].

3. Sul caso, in cui il testatore ha diviso fra i più istituiti più o meno del tutto, v. il seguente §.

---

(1) L. 9 § 12 D. *h. t.* « *Heredes iuris successores sunt, et si plures instituantur, dividi inter eos a testatore ius oportet; quod si non fiat, omnes aequaliter heredes sunt* ». L. 35 pr. i. f. *eod.* § 6 I. *h. t.* § 551.

(1 *a*) L'istituzione ripetuta non dà nel dubbio una quota molteplice, l. 23 § 1 C. *de leg.* 6. 37.

(2) L. 60 [59] § 2 D. *h. t.* « '*Titius heres esto. Seius et Maevius heredes sunto*'. *Verum est, quod Proculo placet, duos semisses esse, quorum alter coniunctim duobus datur* ». L. 17 § 4 *eod.*, cfr. l. 13 pr. l. 67 [66] *eod.*, l. 11 C. *de impuberum et aliis subst.* 6. 26, anche l. 88 § 6 D. *de leg.* II° 31. Seuff., *Arch.* VIII. 151, cfr. II. 201. Sentenza del Trib. Sup. d'App. di Darmstadt del 24 maggio 1850 nell'*Arch. per la GP. prat.* III p. 479 sg. [Di div. opinione per il diritto attuale Dernburg III § 86 nota 5.] — Espressa chiamata di più persone ad una stessa quota di eredità: l. 15 pr. D. *h. t.*, l. 142 D. *de V. S.* 50. 16. Cfr. del resto Arndts p. 926.

(3) Vangerow loc. cit. osserv. 3 Nr. II. 3.

(4) L. 17 pr. l. 78 [77] l. 79 [78] § 2 D. *h. t.*, § 6 I. *h. t.*

—

β. *Istituzione in meno od in più del tutto.*

§ 552.

1. Se il testatore ha attribuito meno del tutto, la parte dell'eredità non attribuita si devolve pur tuttavia all'erede istituito od ai più eredi istituiti[1]; a questi in proporzione delle loro quote di istituzione[2]. Ma se risulta essere stata volontà del testatore di limitare l'istituito o gli istituiti alle quote ad essi assegnate[3], ed appaia ad un tempo, chi secondo la sua volontà deve ricevere la parte non attribuita[4], questa sua volontà viene indirettamente mante-

---

§ 552. (1) § 5 I. *h. t.* Essa non si deferisce nè agli eredi *ab intestato*, nè a quelli istituiti in un testamento anteriore, a causa del principio della esclusività della vocazione testamentaria. V. § 537 nota 2, § 565 nota 1. Hofmann, *Studi critici sul diritto rom.* p. 128, domanda: perchè dunque il diritto romano non ha dichiarata invalida come viziosa l'istituzione in una quota dell'eredità? Egli risponde: a causa del *favor testamenti*, che però non si deve concepire come « pietà pel testatore », ma oggettivamente come « favoreggiamento della successione ereditaria per testamento ». Quindi il diritto romano preferiva, che al cittadino romano si succedesse in base al testamento, e non secondo la legge? Io ne scorgo la ragione nell'importanza, che l'opinione popolare attribuiva alla parola *heres*. Cfr. § 553 nota 3, § 554 nota 15, § 562 nota 4.

(2) Ovvero, il che costituisce il computo più semplice, per le frazioni attribuite dal testatore, dopo che esse sono ridotte allo stesso denominatore, si trova un nuovo denominatore coll'addizionare i loro numeratori. L. 13 § 3 l. 79 [78] § 1 D. *h. t.*, § 5. 7 I. *h. t.*

(3) Il che non è per modo alcuno necessario; il testatore può anche per svista aver falsamente indicate le parti da lui attribuite. Cfr. § 5 I. cit. « *Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias..... Non autem utique duodecim uncias esse oportet, nam tot unciae assem efficiunt, quot testator voluerit* ». L. 13 § 1 D. *h. t.* L. 79 [78] § 1 D. *h. t.* « *Lucio Titio ex duabus partibus, Publio Maevio ex quadrante scriptis heredibus, assem in dodrantem esse divisum respondi, modum enim duarum partium ex quadrante declarari* ».

(4) Il che del pari non è necessario. Specialmente non si può senz'altro ritenere, che il testatore abbia voluto lasciare agli eredi *ab intestato* la parte non attribuita della sue eredità; è anche possibile che egli abbia voluto riservarsi un'ulteriore disposizione sulla stessa. Si pensi anche al caso, in cui la condizione d'una delle istituzioni d'erede fallisce (l. 26 § 1 D. *de cond.* 35. 1), o in cui una delle istituzioni d'erede non è valida.

nuta ferma coll'imporre all'istituito od agli istituiti l'obbligazione di restituire come legato la parte non attribuita dell'eredità a quella persona, alla quale il testatore ha voluto elargire questa parte[5]; tale è eventualmente l'istituito in un anteriore testamento[6], o l'erede *ab intestato*[7]. Ma tutto

---

(5) La teoria del legato escludeva a dir vero l'ammissione d'un tacito legato, ma non quella del fedecommesso. V. § 633 nota 10 ed in particolare l. 69 pr. D. *de leg.* II° 31.

(6) L. 30 [29] D. *ad SC. Treb.* 36. 1, § 3 I. *quib. mod. test.* 2. 17. È controverso, se questi passi ammettano un legato a favore dell'istituito nel primo testamento semplicemente in base alla limitazione dell'istituzione d'erede nel secondo testamento, o se la ragione della decisione sia una espressa convalidazione del primo testamento per mezzo del secondo. Per la prima opinione si sono pronunciati, del resto divergendo nell'interpretazione quanto a' particolari, Neuner, *La heredis institutio ex certa re* p. 76 sg. e Fein, *Continuaz. di Glück* XLV p. 267 sg., v. pure Seuffert § 548 nota 6, Unger § 24 not. 13, Brinz 2ª ediz. III p. 75, e le prime edizioni di questo *Trattato*, in contrario e per la seconda opinione: Mayer, *Teoria dei legati e fedecommessi* § 24 nota 12, Padelletti, *La teoria della istituz. d'erede ex certa re* p. 87 sg. E. A. Seuffert nella 4ª ediz. del *Trattato* di suo padre § 548 nota 6, Arndts, *Cont. di Glück* XLVII p. 418 sg., Schwing, *Sulla teoria della heredis institutio ex certa re* p. 17 sg. Comunque sia di ciò, e sebbene si conceda che nei passi menzionati non è contenuta una prova diretta della massima stabilita nel testo, tuttavia nella libertà, colla quale le fonti interpretano in genere la volontà del legato e procedono nell'ipotesi d'un tacito fedecommesso (nota 5), si contiene la piena legittimazione ad attribuire all'istituito nel primo testamento, anche senza espressa conferma nel secondo testamento, il sopravanzo sulla porzione ereditaria conferita in questo testamento, se da altre circostanze non può argomentarsi alla volontà contraria del testatore. Così anche Arndts e Schwing ll. citt.

(7) Neuner op. cit. p. 61 sg. è a questo riguardo d'altra opinione. Egli crede che nelle nostre fonti l'ammettere un tacito fedecommesso sia vincolato alla presupposizione, che l'onorato sia « nominato o chiaramente indicato nella disposizione stessa », od « in un'altra parte della disposizione d'ultima volontà in altro riguardo » nominato. Similmente E. A. Seuffert nella 4ª edizione del *Trattato* di suo padre § 541 nota 2. Io invero non credo più, come nelle prime edizioni di questo *Trattato*, che questa opinione sia direttamente contradetta dalla l. 69 pr. D. *de leg.* II° 31, ma io la ritengo pur sempre non corrispondente al concetto complessivo del diritto romano. V. la nota precedente ed in particolare l. 114 § 14 D. *de leg.* I° 30, l. 11 § 4 D. *de leg.* III° 32. V. pure Arndts op. cit. p. 415, e cfr. sulla l. 69 pr. cit. anche Schwing p. 67. [A favore dell'opinione del Neuner, *Sent. del Trib. dell'Imp.* XVII p. 143 (= Seuff., *Arch.* XLIII. 32). — Dernburg III p. 100. 163 ritiene che vi sia non già fedecommesso a favore degli eredi *ab intestato*, ma istituzione di essi.]

ciò solamente sotto la presupposizione, che non vi sia alcun dubbio che il testatore abbia voluto che gli istituiti in meno del tutto fossero effettivamente eredi e non semplicemente legatari[8]. E per quanto concerne il diritto romano, è inoltre da far riserva per la istituzione di erede in un testamento militare; questa, secondo il diritto romano, viene eseguita soltanto fin dove essa giunge, e la parte di eredità non attribuita per via di istituzione di erede si devolve come eredità a colui, che senza questa istituzione di erede avrebbe ricevuto il tutto[9]. Oggidì questa eccezione non vige più[9a].

2. Se il testatore ha attribuito più del tutto[10], quel che fu attribuito di troppo vien detratto agli eredi istituiti in proporzione delle loro quote ereditarie[11]. Soltanto nel caso in cui il testatore ha nominato prima uno nel tutto, poi un altro in una parte, nel dubbio è da considerare come sua volontà, che il nominato nella parte debba limitare il nominato nel tutto[12]. Se nel caso in cui dopo esaurito o

(8) Su che ad una tale interpretazione pel diritto odierno non possa fare alcuna difficoltà l'espressione « erede » usata dal testatore, v. § 546 nota 8, § 553 nota 3. 16, Neuner op. cit. p. 543.

(9) § 5 I. *h. t.*, l. 37 D. *de test. mil.* 29. 1. V. pure § 553 nota 12 sg.

(9*a*) Legge militare dell'impero 2 maggio 1874 § 44. Cfr. § 537 nota 4*a*.

(10) Ciò avviene non solamente quando il testatore ha istituiti tutti gli eredi in frazioni, ma anche quando ha istituito uno od alcuni espressamente pel tutto.

(11) Oppure anche qui (nota 2) dai numeratori delle frazioni attribuite si forma per le stesse un nuovo denominatore. L. 13 § 4-7 l. 15 § 1 l. 48 [47] § 1 D. *h. t.*, § 7 I. *h. t.*; v. pure l. 60 [59] § 1 D. *h. t.*

(12) Per modo che quindi in questo caso si ha lo stesso risultato come se il primo fosse istituito erede senza alcuna indicazione di quantità. Così decise Giustiniano nella l. 23 pr. C. *de leg.* 6. 37. Invero v'è controversia sulla interpretazione di questa legge; in particolare Schrader, *Dissertazioni di d. civ.* Nr. 4 (1816) ha cercato di dimostrare, che la decisione di Giustiniano si riferisce da un canto ad ogni caso, in cui si sia attribuito più del tutto, ma presuppone dall'altro, che le diverse disposizioni siano fatte in diversi punti del testamento. V. in contrario Arndts, *Diz. G.* III p. 921, Mühlenbruch XL p. 122 sg., Vangerow II § 449 osserv. n°. I B. 1.*b*, Sintenis III § 172 not. 23, i quali scrittori però a lor volta non concordano pienamente fra loro, e così Sintenis

sorpassato il tutto, sono istituiti ancora altri eredi senza indicazione di quote, questi nel caso di esaurimento si hanno come chiamati ad un secondo tutto, nel caso di eccedenza come chiamati a ciò che manca al secondo tutto, e a questa stregua vien fatta la riduzione[13].

γ. *Istituzione in determinati elementi patrimoniali**.

§ 553.

L'istituzione di erede in un determinato elemento patrimoniale o in determinati elementi patrimoniali[1] può soffrire dello stesso difetto, del quale soffre la istituzione di erede,

---

vuole che la disposizione di Giustiniano s'applichi anche nel caso, in cui il primo è stato istituito pel tutto in frazioni (p. es. $^{12}/_{12}$). — *Quid* però se il testatore dopo la prima istituzione ne ha fatte non una, ma più altre, e queste esauriscono o sorpassano il tutto? In questo caso, al quale Giustiniano manifestamente non ha pensato, è senza dubbio da applicare nuovamente la regola. V. Mühlenbruch p. 132, Sintenis loc. cit. not. 24.

(13) L. 17 § 2-5 l. 18 l. 20 § 1 l. 54 [53] l. 79 [78] § 2 l. 88 [87] D. *h. t.*, § 6. 8 I. *h. t.*

(*) Cfr. su questa teoria, oltre agli scrittori menzionati nel § 551 (Mühlenbruch XL p. 165 sg.), specialmente lo scritto di Neuner, *La heredis institutio ex re certa*. Giessen 1853. Letteratura ulteriore: v. Löhr, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* XIX p. 73 sg. (1849). Köppen, *Lineamenti del sistema del diritto ereditario rom. odierno* (Würzburg 1867) p. 32-35. Th. Mommsen, *Riv. per la st. del d.* VII p. 313 sg. (1868). G. Padelletti, *La teoria dell'istituzione d'erede ex certa re*. Berlino 1870. Su questo Windscheid, *Riv. crit. trim.* XII p. 476 sg. Kuntze, *Sull'istituzione d'erede in determinati elementi dell'eredità* (*institutio ex re*). Due programmi accademici 1875. Schwing, *Sulla teoria della heredis institutio ex re certa*. Stralsund 1875. Sui due scritti menzionati in ultimo: Brinz, *Riv. crit. trim.* XVII p. 567 sg.

(1) *Heredis institutio ex re certa, ex certa re, ex re.* Maggiori ragguagli sul concetto della *res certa* in Neuner p. 528 sg. Istituzione in elementi patrimoniali d'una determinata categoria (p. es. *bona paterna, materna, castrensia*): l. 35. 79 [78] pr. D. *h. t.*, l. 17 § 1 D. *de test. mil.* 29. 1. Istituzione in una somma di danaro. Istituzione nell'usufrutto del patrimonio: Neuner p. 548 sg., Vangerow § 449 osserv. 2 in f. sotto la lett. A, Sintenis § 172 not. 22, Seuff., *Arch.* XV. 141. — L'istituzione d'erede *excepta re certa* (l. 75 [74] D. *de her. inst.* 28. 5, l. 86 pr. D. *de leg.* II° 31) è pur essa una istituzione *ex re certa*? Così Neuner p. 37 sg. 93 sg. 382 sg., Vangerow loc. cit. sotto la

§ 553.

con cui è attribuita soltanto una frazione della eredità[2], ma in ogni caso essa contiene in sè stessa[2a] una contraddizione. Quindi la disposizione contenuta in una tale istituzione di erede non può essere tenuta ferma se non col fare astrazione o dalla istituzione di erede, o dalla menzione di quel determinato elemento patrimoniale. Il diritto romano non ha esitato a dare la prevalenza alla istituzione di erede[3], e quindi a trattare l'istituito in un determinato elemento patrimoniale od in determinati elementi patrimoniali come istituito puramente e semplicemente[4]. Ed al riguardo poi quando più persone sono istituite in questa maniera, alla diversità del valore degli elementi patrimoniali ad esse assegnati non è attribuita alcuna influenza sulla determinazione delle loro quote ereditarie, e specialmente quindi neppure delle loro quote nei debiti,

---

lett. B, Padelletti p. 18; in contrario Mandry, *Arch. per la prat. civ.* LI p. 83 sg. (1868), per quanto mi pare convincente, similmente Schwing p. 15, Brinz, *Pand.* 2ª ediz. III p. 79. Il patrimonio non cessa d'essere patrimonio (unità patrimoniale) per ciò che gli vien sottratta una singola cosa; se fosse diversamente l'istituzione d'erede, anche per l'aggiunta d'un legato *per vindicationem*, diventerebbe una *institutio ex re certa*. Un diverso concetto del diritto romano non provano nè i summenzionati passi nè la l. 19 D. *de lib.* 28. 2. Cfr. pure § 652 nota 17.

(2) Se cioè gli elementi patrimoniali attribuiti non esauriscono il patrimonio.

(2a) Ciò nega Kuntze loc. cit. L'istituzione d'erede in un determinato elemento patrimoniale sarebbe istituzione d'erede per una quota corrispondente al valore di questo elemento patrimoniale. Questa è una ardita affermazione. Chi istituisce altri erede in un determinato elemento patrimoniale, vuole appunto che questi diventi erede per quello elemento, egli non pensa ad una quota. Cfr. nota 5 in f.

(3) L'espressione « *heres* » presso i Romani, come designazione del successore universale, del chiamato ad occupare la posizione del defunto nel riguardo di diritto patrimoniale, era assai meno equivoca, che l'odierna espressione *Erbe* (erede). Cfr. Neuner p. 22 sg. e § 546 nota 8. Di div. opin. relativamente al fondamento della massima giuridica romana Padelletti p. 8 sg.; contro lo stesso bene Schwing p. 3 sg., 9 sg.

(4) L. 1 § 4 D. *h. t.* « *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione* ». L. 41 § 8 D. *de vulg.* 28. 6; l. 75 [74] D. *h. t.* Istituzione di diversi *ex re certa*: l. 9 § 13 l. 10 l. 11 l. 35 pr. § 1. 2 l. 79 [78] pr. D. *h. t.*, l. 17 pr. D. *de test. mil.* 29. 1. Neuner p. 22 sg. 139 sg. 362 sg.

se non risulta indubbiamente una contraria volontà del testatore[5]. Ma se il testatore ha effettivamente avuta la volontà di limitare l'istituito all'oggetto dell'istituzione[6] e si può ad un tempo con sicurezza riconoscere a chi egli ha voluto attribuire il resto[7], a questa sua volontà si dà vigore anche qui indirettamente col considerare l'istituito come gravato del legato di restituire quella parte della sua quota ereditaria, che il testatore non gli ha voluto attribuire, a quella persona, cui il testatore l'ha voluta attribuire[8]. Ma questo legato ha in concreto un diverso contenuto.

a) Se più eredi sono istituiti congiuntamente in determinati elementi patrimoniali, ogni istituito si ha come gra-

---

(5) L. 11 l. 35 pr. § 1. 2 l. 79 [78] pr. D. *h. t.*, l. 17 pr. D. *de test. mil.* 29. 1. Neppure il fatto che le più persone sono istituite in parti diverse degli elementi patrimoniali ad esse assegnati, deve influire sulla determinazione delle loro quote ereditarie, l. 10 D. *h. t.* (sulla lezione v. Neuner p. 135 sg. e Mommsen nella sua edizione), anzi neppure allora si deve regolarsi diversamente, quando le più persone sono istituite in diverse parti d'una stessa cosa, l. 9 § 13 D. *h. t.* — però qui si soggiunge: « *si modo voluntas patrisfamilias non refragatur* ». Nel caso d'istituzione in somme di danaro potrà in prima linea ammettersi, che il testatore abbia voluto porre la somma di danaro assegnata come regolatrice in genere per la partecipazione all'eredità. Neuner p. 131-139, Padelletti p. 25 sg. — Kuntze loc. cit. crede, che originariamente in Roma di sicuro la quota dell'*heres ex re certa* sia stata determinata secondo il valore della *res certa* datagli (cfr. nota 2*a*), ed egli si sforza di trovare tracce di questo diritto anteriore nella compilazione. Io non credo, che questa sua ricerca sia stata fruttifera. Cfr. pure Brinz loc. cit.

(6) Non è necessario, che egli abbia avuta questa volontà; è anche possibile, che egli abbia creduto che il suo patrimonio consistesse soltanto nell'indicato elemento o negli indicati elementi patrimoniali, anzi può essere, che in realtà così fosse al tempo della istituzione d'erede, e soltanto posteriormente sia stato acquistato altro patrimonio. V. sull'ultimo caso l. 19 § 2 D. *de castr. pec.* 49. 17, ed in genere Neuner p. 23 sg. 143. 365.

(7) Il che nemmeno è necessario. Cfr. § 552 nota 4.

(8) Questa persona può essere: *a*) il coistituito nello stesso testamento, l. 35 pr. l. 79 [78] pr. D. *h. t.*, l. 1 C. Greg. *de fam. erc.* 3. 4, cfr. l. 17 pr. D. *de test. mil.* 29. 1 (nota 13); *b*) l'istituito in un testamento anteriore, cfr. l. 30 [29] D. *ad SC. Treb.* 36. 1, § 3 I. *quib. mod. test. infirm.* 2. 17; *c*) l'erede *ab intestato*. Ciò che s'è detto alle lett. *b* e *c* non è generalmente riconosciuto. Cfr. le citazioni alle note 6. 7 del § 552 e Padelletti p. 4 sg. 87 sg., Kuntze II p. 12 sg., Vangerow II § 449 osserv. 2 Nr. 1, Neuner p. 74. 143 sg. 364 sg.

vato del singolo legato di restituire ai coistituiti quella parte dello elemento patrimoniale a lui assegnata, che il coistituito non ha nella quota d'eredità a lui devoluta[9].

b) Ma se l'istituito in un determinato elemento patrimoniale sta di fronte ad eredi *ab intestato*, o ad altri eredi istituiti in quote, o senz'altro, in un testamento anteriore. o nel medesimo testamento, il legato che gli incombe non è un legato singolare, ma un legato d'eredità; egli è obbligato a restituire alle persone indicate la sua quota ereditaria come tale[9a], e ritiene o rispettivamente riceve l'elemento patrimoniale a lui assegnato, in forza di legato singolare contenuto nell'assegnazione[10]. Per il caso in cui sono eredi istituiti nello stesso testamento quelli, ai quali egli sta di fronte, Giustiniano ha disposto, che la quota ereditaria da restituirsi ad essi debba considerarsi come devoluta loro senz'altro, anche senza dichiarazione di volontà da parte dell'onerato, per modo che questi allora rispetto ai coeredi appare nel risultato pratico semplicemente come legatario per l'elemento patrimoniale a lui assegnato, mentre nel resto la sua qualità ereditaria vien tenuta ferma[11].

---

(9) V. i passi citati alla nota 8 sotto la lett. *a*. Neuner p. 143 sg. Parzialmente divergente Padelletti p. 20-27; contro lo stesso Windscheid op. cit. p. 480, Arndts, *Cont. di Glück* XLVII p. 423, Schwing p. 58 sg.

[(9*a*) Anche Dernburg III p. 163 ritiene che in questo caso (cfr. § 552 nota 7) vi sia legato e non istituzione di erede.]

(10) Egli ritiene l'elemento patrimoniale assegnatogli, se egli solo è istituito nel testamento. Se egli ha accanto a sè dei coistituiti, ritiene l'elemento patrimoniale per la sua parte d'eredità e lo riceve per le parti dei coistituiti. Ma anche ciò che ritiene, lo ha in forza d'un legato. Cfr. Neuner p. 95 sg. 166. 367 ed in seguito § 652 nota 17 [Di diversa opinione Dernburg III § 87 nota 6.]

(11) Questo è il senso della l. 13 C. *de her. inst.* 6. 24. come è stato stabilito da Neuner p. 385 sg. Sopra altri modi di intendere questo passo assai discusso v. LO ST. p. 313 sg., Vangerow § 449 osserv. 2 Nr. III, Sintenis III § 172 nota 21 verso la f., Kleinschmidt, *Arch. per la GP. prat.* X p. 321. Quanto agli scrittori più recenti sulla nostra teoria 1) Schwing loc. cit. divide l'opinione di Neuner, differendone solo nel ritenere che nella l. 13 C. cit. Giustiniano

Il diritto romano fa luogo ad un diverso trattamento riguardo al testamento militare[12]. In questo caso la istituzione d'erede in un determinato elemento patrimoniale vien tenuta ferma come tale. Quindi l'istituito riceve da bel principio soltanto l'elemento patrimoniale a lui assegnato ed invero come eredità[13], e ciò che non è attribuito colla istituzione o colle istituzioni d'erede si devolve direttamente ai chiamati per altro titolo, del pari come eredità[14]. L'isti-

---

abbia NON SOLAMENTE introdotto l'innovazione, che l'eredità trapassi senza restituzione al legatario dell'eredità, ma anche l'altra che essa trapassi secondo il *SC. Trebellianum*, mentre il trapasso fino allora (sempre anche quando la *res certa* coprisse la quarta Falcidia) si sarebbe compiuto secondo il *SC. Pegasianum*. Ma la prova, che Schwing ha intrapreso (p. 24 sg.) per quest'ultima affermazione (che si trova anche in Arndts, *Cont. di Glück* XLVII p. 432), non è in modo alcuno riuscita. Cfr. Brinz op. cit. p. 576. — 2) Padelletti invece è ritornato all'opinione prima assai diffusa, che l'istituito *ex re certa* secondo la l. 13 cit. sia semplicemente legatario singolare, sebbene però egli alla sua volta non la esplichi logicamente. V. in contrario lo stesso Windscheid loc. cit., Arndts, *Cont. di Glück* XLVII p. 434, Schwing p. 73 sg. — 3) Nel risultato concorda con Padelletti Kuntze II p. 31. 37 sg.; mentre questo scrittore è d'opinione divergente relativamente all'anteriore condizione del diritto. — 4) Brinz, *Pand.* 2ª ediz. III p. 77, 78, che nel risultato divide l'opinione di Neuner, respinge la costruzione a mezzo di fedecommesso universale con tacita restituzione e precezione. — Una conseguenza della qualità ereditaria dell'istituito tenuta ferma nel resto, è specialmente che colla sua istituzione si soddisfa alle statuizioni del diritto relativo agli eredi necessari, Nov. 115 c. 5 pr. V. pure Vangerow loc. cit. Nr. 3. *a*. Cfr. Seuff., *Arch.* III, 347, VII. 335, IX. 51, XI. 51, XXXVI. 49, XXXVII. 43 e 48 (Trib. dell'Imp. *Sent.* IV p. 119).

(12) Mühlenbruch XLII p. 82 sg., Neuner p. 485 sg., Vangerow § 449 osserv. 1 in f. sotto la lett. C.

(13) Cfr. l. 17 [16] § 6 D. *ad SC. Treb.* 36. 1.

(14) L. 6 l. 11 § 2 — l. 13 pr. l. 17 pr. § 1 D. *de test. mil.* 29. 1, l. 19 § 2 D. *de castr. pec*, 49. 17, l. 2 C, *eod.* 6. 21. Contraddicente, a quanto pare, la l. 17 pr. D. *de test. mil.* 29. 1. « *Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, valebit institutio perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset* ». Ma questo passo non vuol dire che la ripartizione che il testatore volle fare del suo patrimonio si raggiunga per la via del legato, ma che il risultato pratico della sua disposizione è lo stesso, come se egli avesse istituiti gli eredi senza menzione degli elementi patrimoniali ad essi destinati ed avesse loro imposto i relativi legati. Cfr. l. 25 § 1 D. *fam. erc.* 10. 2 e l. 17 § 1 cit.

tuito in un certo elemento patrimoniale (un certo complesso patrimoniale) risponde pei debiti ereditari in quanto essi appartengono a questo elemento patrimoniale (complesso di patrimonio)[15]. Ma questa divergenza è eliminata dalla legislazione del nuovo impero tedesco[15a], per modo che le massime superiormente svolte, attualmente vigono in Germania senza eccezione. Oggidì però nel caso concreto di fronte ad una istituzione d'erede in un determinato elemento patrimoniale l'interpretazione, che il testatore non abbia voluto chiamare all'eredità, ma fare un legato, sarà lecita in misura più larga di quanto apparisse ai romani di fronte all'espressione " heres "[16].

c. *Disposizioni accessorie**.

α. *Condizione***.

§ 554.

1. Per via di una condizione sospensiva apposta alla istituzione d'erede, la delazione dell'eredità resta differita[1].

---

(15) L. 17 § 1 D. *de test. mil.* 29. 1. « *Julianus.... ait, si quis alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intellegi, ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset, extra castra contracto aere alieno is solus obligetur, qui ceterarum rerum heres scriptus esset* ». I debiti, che non appartengono ad un determinato elemento del patrimonio (complesso patrimoniale), si debbono dividere secondo la presumibile volontà del testatore, quindi nel dubbio con riguardo al valore di ciò, che ognuno riceve. A vero dire, tutto ciò che qui s'è detto è assai controverso, V. specialmente anche Brinz 2ª ediz. III p. 77-79.

(15 *a*) Legge militare dell'impero 2 maggio 1874. V. § 537 nota 4 *a*.

(16) Cfr. nota 3 e § 546 nota 8, § 552 nota 8. Neuner p. 544 sg., Unger § 8 nota 4. Cfr. Seuff., *Arch.* VIII. 157.

(*) Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XLI p. 45-276. Arndts, *Diz. G.* III p. 927-939, Mayer § 20-24, Vering p. 321-337, Sintenis III § 173, Vangerow II § 434-438, Unger § 16-18.

(**) Dig. 28. 7 *de condicionibus institutionum*. Cod. 6. 25 *de institutionibus vel substitutionibus seu restitutionibus sub condicione factis*.

§ 554. (1) L. 3. 69 D. *de A. v. O. H.* 29. 2. Quindi la delazione non ha luogo affatto,

Tuttavia[2] l'istituito può anche prima dell'avveramento della condizione acquistare provvisoriamente la eredità e prenderne possesso[3] per il caso della delazione, ma per la eventuale restituzione[4] della stessa a coloro che vi hanno diritto dopo di lui[5], deve prestare sicurtà[6]. In un

---

se l'istituito muore prima dell'avveramento della condizione (nota 4). L. un. § 7 C. *de cad. toll.* 6. 51; l. 60 [59] § 6 D. *de her. inst.* 28. 5; l. 23. 45 § 1 D. *de vulg.* 28. 6; l. 9 i. f. D. *de suis* 38. 16. La delazione resta sospesa: però l'istituzione d'erede non è invalida, ma soltanto provvisoriamente inefficace. Perciò gli eredi *ab intestato* non possono neppure chiedere di essere ammessi (l. 39 D. *de A. v. O. H.* 29. 2, l. 8 C. *comm. de success.* 6. 59, l. 5 D. *de suis* 38. 16; cfr. § 537 nota 3), ed un testamento anteriore è subito tolto di mezzo anche da una istituzione d'erede condizionale (l. 16 D. *de iniust.* 28. 3). Naturalmente qui per condizione s'intende soltanto la condizione propria (I § 87), cfr. l. 16 cit. — Del resto gli eredi *ab intestato* in caso d'istituzione d'erede condizionale sono esclusi già anche per ciò, che una volta diventati eredi, essi non potrebbero nuovamente cessare d'essere tali, v. nota 18, ed in base alla stessa ragione sono esclusi anche gli eredi istituiti accanto all'istituito condizionatamente (l. 59 § 6 D. *de her. inst.* 28. 5). Per contro in base al principio della efficacia retroattiva della condizione adempiuta, cui di solito si fa risalire l'esclusione degli eredi *ab intestato*, non si giustificherebbe questa esclusione, anche se si volesse riconoscere quel principio (cfr. I § 91, Unger § 16 nota 20); questo principio ammetterebbe pur sempre, che gli eredi *ab intestato* diventassero provvisoriamente eredi, e soltanto in seguito retroattivamente di nuovo cessassero d'essere tali. Cfr. del resto anche § 555 nota 4.

(2) Cfr. su quanto segue: Mühlenbruch p. 190 sg., Arndts p. 930 sg., Leist, *La bonorum possessio* II. 2 p. 304. *Cont. di Glück* serie dei libri 37 e 38 II p. 118 sg. IV p. 284 sg., Sintenis III § 173 not. 29.

(3) Il pretore romano accordava all'istituito condizionatamente, sopra sua richiesta, una *bonorum possessio secundum tabulas*. L. 5 pr. l. 6. 10. 12 i. f. D. *de B. P. s. t.* 37. 11, l. 3 § 13 D. *de B. P. c. t.* 37. 4, l. 1 § 7 D. *ad SC. Tert.* 38. 17. Questa *bonorum possessio* è una usuale *bonorum possessio edictalis*, non una *decretalis;* nel diritto odierno essa vien acquistata, come ogni altra *bonorum possessio* (§ 596 Num. 2). Posizione giuridica dopo l'acquisto provvisorio: l. 23 pr. D. *de her. inst.* 28. 5. [Dernburg III p. 155: « ciò non è più in uso ».]

(4) L'eredità deve essere restituita non solamente se la condizione non viene adempiuta, ma anche se l'istituito non sopravvive all'adempimento di essa. V. i passi citati nella nota 1. Restituzione coi frutti e col risarcimento del danno cagionato per colpa dell'istituito: arg. l. 76 § 7 D. *de leg.* II° 31, l. 79 § 2 D. *de cond.* 35. 1, Nov. 22 c. 44 § 2-4.

(5) Ai coeredi, sostituiti, eredi *ab intestato*. Espressamente le fonti non menzionano che i sostituiti, v. i passi citati nella nota seguente e nella nota 8 verso la f. Queste persone, quando si fanno innanzi, lo fanno nella qualità di eredi; esse

solo caso si va ancor oltre: la prestazione della sicurtà si ha come adempimento della condizione[7]. Ciò avviene quando la condizione è rivolta ad un non fare dello istituito, ed invero ad un non fare di maniera tale, che una certezza dello stesso non esista prima della morte dell'istituito[8]. Se l'istituito non presta la necessaria si-

non hanno una ragione semplicemente obbligatoria alla restituzione. L. 12 D. *qui satisd.* 2. 8, l. 1 § 7 D. *ad SC. Tert.* 38. 17.

(6) L. 12 D. *qui satisd.* 2. 8, l. 8 D. *de stip. praet.* 46. 5. Sicurtà per via di malleveria: l. 3 D. *de stip. praet.* 46, 5, v. però anche I § 134 nota 5 e Mühlenbruch p. 192.

(7) Od in altri termini, la condizione vien trasformata in un onere, di restituire l'eredità sotto l'opposta condizione. L. 4 § 1 D. *h. t.* 28, 7, l. 67 D. *de cond.* 35. 1. Questa specie di trattamento appartiene al diritto civile romano; la sicurtà da prestarsi secondo questo è la *cautio Muciana.* Questa fu anzitutto introdotta pei legati, ma posteriormente fu applicata alle eredità. L. 7 pr. § 1 l. 18 D. *de cond.* 35, 1, l. 4 § 1 D. *h. t.* 28. 7, — Quindi l'acquisto in conseguenza della cauzione Muciana è definitivo, ma gravato d'un vincolo obbligatorio di restituire, mentre nelle altre condizioni l'eredità può acquistarsi soltanto provvisoriamente (nota 4). Di ciò non tiene conto il Sintenis loc. cit., quando afferma che nel diritto odierno non sussiste affatto più una diversità tra la *bonorum possessio* e la *cautio Muciana.* — Sul criterio, che ha condotto il diritto civile all'immediata ammissione dell'onorato, cfr. l. 61 pr. D. *de manum. test.* 40. 4, e Arndts, *Contributi* p. 188. *Diz. G.* p. 932, Vangerow § 435 osserv. 3 Nr. I. 1, Scheurl, *Contributi* II. 2 p. 258 sg. E. A. Seuffert nelle aggiunte al *Trattato* di suo padre III § 538 nota 3. Lo scrittore menzionato per ultimo ritiene, ben a ragione, che oltre all'obbligazione nascente dalla promessa fatta, vi sia una obbligazione in base ad un legato d'eredità, « il che è d'importanza specialmente a causa della inammissibilità dell'alienazione della cosa legata ». Di diversa op. Brinz 2ª ediz. III § 427 nota 35.

(8) L. 73 D. *de cond.* 35. 1: — « *in omnibus condicionibus, quae morte legatariorum finiuntur, receptum est, ut Muciana cautio interponatur* ». Cfr. l. 67 [65] § 1 D. *ad SC. Treb.* 36. 1: — « *in condicionibus... quae... nisi fine vitae expleri non possent* ». Esempi di casi, nei quali l'adempimento d'una condizione rivolta ad una omissione per parte dell'onorato può diventar certo anche prima della sua morte: l. 106 D. *de cond.* 35. 1 (« *si Titio non nupserit* »), l. 101 § 3 *eod.*, l. 72 § 2 *eod.* Però anche nei casi di questa specie deve ammettersi la cauzione, se non apparisce lecito il rimandare l'onorato all'avvenimento, per il quale la sua omissione può diventar certa, l. 72 pr. D. *de cond.* 35. 1 (« *si a liberis non discessisset* »), l. 72 § 1 *eod.* La cauzione del resto è parimente ammessa nel caso della condizione di non manomettere uno schiavo, lo adempimento della quale può tuttavia diventar certo colla morte dello schiavo, l. 7 pr. l. 67 D. *de cond.* 35. 1; cfr. sulle diverse opinioni Mühlenbruch p. 261 sg.,

curtà, si stabilisce per l'eredità un amministratore[9]. Ma il giudice, se la condizione non venga adempiuta entro un termine da lui fissato, può anche dare la eredità nelle mani dei creditori[10], e se l'adempimento della condizione dipende puramente dall'arbitrio dell'istituito, il giu-

---

Mayer, *Teoria dei legati e fedecommessi* § 37 not. 2, Unger § 16 not. 25, Vangerow § 435 osserv. 3 Nr. I. 3. *b*, Arndts p. 932, Puchta § 475, *p*, Sintenis p. 415 not., Scheurl, *Contributi* II. 2 p. 262, Brinz 2ª ediz. III § 427 nota 29. Si trova anche l'affermazione, che si sia (nelle istituzioni d'erede) lasciata cadere l'intiera limitazione (che l'adempimento della condizione non possa diventare certo in altro modo che colla morte dell'onorato), così specialmente Arndts, Sintenis, Brinz ll. citt.; v. in contrario Unger loc. cit. Vangerow loc. cit. Nr. II. — Per la cauzione Muciana vigono nel resto le stesse regole come per la cauzione in base all'editto pretorio. Essa è rivolta similmente alla restituzione dell'eredità coi frutti ricavati ed al risarcimento del danno arrecato per colpa dell'istituito, l. 76 § 7 D. *de legat.* II° 31, l. 79 § 2 D. *de cond.* 35. 1, Nov. 22 c. 44 § 2-4; la si presta col costituire mallevadori, l. 106 D. *eod.*, nel caso della Nov. 22 c. 44 colla costituzione di pegno o con diritto di pegno legale (cfr. I § 232 Num. 8); all'eventuale titolare, « *ei... ad quem iure civili deficiente condicione hoc legatum eave hereditas pertinere potest* », l. 18 D. *de cond.* 35. 1. Quanto agli eredi *ab intestato*, v. specialmente Nov. 22 c. 44. — Però appunto per gli eredi *ab intestato*, astraendo dal caso designato nel menzionato passo, si nega che ad essi debba prestarsi la cauzione, così specialmene da Vangerow § 435 osserv. 3 Nr. III e da quelli ivi citati. Questa opinione viene poggiata sulle l. 4 § 1 D. *h. t.* 28. 7, l. 20 pr. *eod.*, l. 7 § 1 D. *de cond.* 35. 1. Ma in entrambi i casi menzionati in questi passi la ragione della decisione non è la mancanza d'un avente diritto alla cauzione, ma l'impossibilità della condizione (più esattamente l'impossibilità dell'atto, che non deve essere compiuto, cfr. I § 87 nota 5), come per la l. 4 § 1 cit. in ispecie risulta chiaramente anche dal confronto col princ., e sebbene debba concedersi, che con questa spiegazione non viene per la l. 4 § 1 cit. eliminata ogni difficoltà, però la restante difficoltà non basta, a mio avviso, specialmente anche di fronte alla l. 18 D. *de cond.* 35. 1, a giustificare nelle condizioni potestative negative in genere l'esclusione degli eredi *ab intestato*, e, come si deve aggiungere, se si vuol essere conseguenti, dei sostituiti. Cfr. sui diversi concetti, che non escludono gli eredi *ab intestato*, Mühlenbruch p. 195 sg., Arndts, *Contributi* p. 189 sg. e *Diz. G.* p. 930 sg., Sintenis III § 173 not. 29, Böcking, *Pand.* II § 158 nota 27, Scheurl, *Contributi* II. 2 p. 260 sg., ed i citati in Mühlenbruch ed Arndts.

(9) V. II § 447 nota 4. L. 23 § 2. 3 D. *de her. inst.* 28. 5 l. 1 § 1 D. *de cur. bonis* 42. 7.

(10) L. 23 § 2 D. cit., l. 4 pr. D. *de reb. auct. iud. possid.* 42. 5, l. 1 pr. § 1 D. *de cur. bonis* 42. 7.

dice può costringerlo a dichiarare, se vuole o no adempiere la condizione, nella stessa maniera come egli può costringere colui che è chiamato incondizionatamente a dichiarare, se vuole o no diventare erede[11].

2. Per risolvere la questione: che cosa si richieda per l'adempimento della condizione apposta ad una istituzione d'erede, è decisiva la volontà del testatore da determinarsi mediante interpretazione[12]. A questa stregua è in particolare da risolvere la questione, a qual'epoca debba avverarsi l'avvenimento menzionato nella condizione, e specialmente, se l'avveramento antecedente alla morte del testatore sia sufficiente[13]; inoltre la questione se la condizione rivolta ad un fatto dell'istituito possa considerarsi come adempiuta anche quando all'istituito il fare è senza sua colpa diventato impossibile[14]. Se all'istituzione d'erede sono apposte più condizioni cumulativamente, debbono tutte avverarsi; in caso di condizioni poste alternativamente basta l'adempimento d'una[15]. È di diritto positivo la dispo-

---

(11) L. 23 § 1 D. *de her. inst.* 28. 5, cfr. l. 29 D. *de cond.* 35. 1. Mühlenbruch p. 236 sg., Arndts p. 930 not. 144 in f., Vangerow II § 435 osserv. 1 Nr. 3, Dedekind, *Il diritto di deliberazione dell'erede* [das Deliberationsrecht des Erben] (Brunswick 1870) p. 29 sg., Ubbelohde, *Arc. per la prat. civ.* LX p. 60 sg. Cfr. § 598 note 5. 7.

(12) L. 19 pr. l. 101 pr. D. *de cond.* 35. 1 (I § 92 nota 2).

(13) L. 2. 10. 11 l. 19 pr. l. 29. 68. 91 D. *de cond.* 35, 1, l. 45 § 2 D. *de leg.* II° 31, l. 7 C. *de inst. et subst.* 6. 25. Arndts p. 929, Mühlenbruch p. 229 sg., Vangerow II § 435 osserv. 1, Sintenis III p. 419-420. Cfr. anche Mayer, *Teoria dei legati e fedecommessi* § 36 lit. *c.* § 39 lit. *b.*

(14) Di tale questione si è diffusamente trattato nel vol. I § 92.

(15) L. 2 D. *h. t.* 28. 7, § 41 I. *de her. inst.* 2. 14, l. 78 § 1 D. *de cond.* 35. 1, l. 26 pr. *eod.* Sopra una particolare opinione di Huschke relativamente alla disciplina delle condizioni alternative v. le citazioni nel § 548 nota 16. — Come condizioni alternative il diritto romano tratta anche le condizioni di più istituzioni d'erede fatte in diversi punti dello stesso testamento a favore della stessa persona, cioè, esso tien ferma l'una istituzione d'erede accanto all'altra, non fa per avventura togliere di mezzo l'anteriore per via della posteriore. L. 17 D. *h. t.* 28. 7, l. 27 § 2 D. *de her. inst.* 28. 5. Per la stessa ragione il diritto romano non attribuisce alcun effetto alla condizione dell'istituzione d'erede, se accanto all'istituzione condizionale se ne trova nel testamento una incondizionata a favore della

sizione, che la condizione non adempiuta deve aversi come adempiuta, se il suo adempimento venga in mala fede (*unredlicherweise*) ostacolato per parte di colui, che ha un interesse al suo inadempimento[16-17].

3. Le condizioni impossibili ed illecite nelle istituzioni d'erede, come nelle disposizioni d'ultima volontà in genere, si hanno come non apposte. Di ciò si è trattato completamente nel vol. I, § 94[17a].

4. Finora si è fatta parola soltanto della condizione sospensiva. Quanto alla condizione risolutiva, il suo avveramento non può invero far sì, che l'istituito che è diventato erede, cessi d'essere erede[18], se però non v'è dubbio sulla

---

stessa persona l. 27 § 1 D. *de her. inst.* 28. 5. Questo trattamento, che pei legati non ha luogo (l. 12 § 3 D. *de leg.* I° 30, l. 40 § 2 l. 51 pr. l. 87. 89 D. *de cond.* 35. 1), ha la sua base nel significato affatto particolare che il diritto romano attribuiva alla nomina ad « *heres* » (Neuner, *L'Heredis institutio ex re certa* p. 22 sg., cfr. § 548 nota 16), e può quindi pel diritto odierno lasciarsi cadere, per modo che anche per le istituzioni d'erede, alla stessa maniera come per i legati, si dà vigore alla volontà effettiva del testatore. Arndts, *Diz. G.* III p. 887, Unger § 16 not. 14.

(16) V. I § 92 nota 10.

(17) La l. 52 [53] *de episc. et cler.* 1. 3, la quale nel § 13. 14 [12] prescrive, che la condizione dell'aver figli possa adempiersi anche con un voto solenne di castità, con consecrazione del patrimonio a scopi pii, non è glossata.

(17 *a*) Attualmente da aggiungere: Hofmann, *Studi crit. sul d. rom.* p. 144 sg. Lo stesso trattamento deve aver luogo nella istituzione d'erede contrattuale, la quale anzi non è se non una istituzione d'erede elevata nella sua potenza. Cfr. I § 94 nota 16. Altri fanno diventar invalido il contratto ereditario per l'apposizione d'una condizione impossibile od immorale, secondo la regola vigente pei contratti, così p. es. Beseler, *Contratti ereditari* II. 1 p. 169. Una peculiare opinione ha messo innanzi Hartmann, *Contratti ereditari* p. 51 sg. (coll'approvazione di Arndts, *Riv. trim. austr. di Haimerl* VII p. 276). In base al suo concetto del contratto ereditario, come una istituzione d'erede con l'aggiunta di una rinunzia contrattuale (§ 529 nota 3), egli insegna, che la condizione impossibile ed immorale non renda invero invalida l'istituzione d'erede bensì la rinunzia, per modo che in questo caso si avrebbe una istituzione di erede revocabile. In contrario a ragione Unger § 26 not. 14, sebbene questo scrittore divida il concetto fondamentale di Hartmann.

(18) Ciò invero non è espressamente detto nelle fonti, ma discende con sicurezza dalla circostanza, che pel testamento militare il contrario è rilevato come alcunchè di particolare (l. 15 § 4 D. *de test. mil.* 29. 1), e che neppure il veri-

persona, cui giusta la volontà del testatore deve devolversi l'eredità all'avverarsi della condizione, l'istituito deve restituire a questa persona l'eredità come legato d'eredità[19]. Soltanto nel testamento militare l'avverarsi della condizione risolutiva, secondo il diritto romano produce la diretta cessazione della qualità ereditaria, per modo che la eredità viene ulteriormente deferita, come lo sarebbe stata fin da principio in mancanza di istituzione di erede[20]; og-

---

ficarsi di un termine risolutivo ha l'indicato effetto (§ 9 I. *de her. inst.* 2. 14, l. 34 D. *eod.* 28. 5), come anche in altro riguardo si dichiara essere una impossibilità « *ut, qui semel heres exstitit, desinat heres esse* », l. 89 [88] D. *de her. inst.* 28. 5 (Quando per la massima: *semel heres semper heres* si adducono ancora due altri passi l. 7 § 10 D. *de min.* 4. 4 e l. 3 § 2 D. *de lib. et post.* 28. 2, è evidente però che il primo vuol rilevare soltanto il contrapposto fra il diritto civile e il pretorio, e che il secondo dichiara impossibile prendere l'eredità — non a colui che a sua volta è diventato erede, ma — a colui, che per il diventar erede d'un altro è già escluso dalla eredità). Un trapasso dell'eredità agli eredi *ab intestato* od agli istituiti in un anteriore testamento non è del resto conciliabile già col principio dell'esclusività della vocazione testamentaria (§ 537. 565).

(19) Neppure ciò è espressamente detto nelle fonti e l'opinione dominante non lo riconosce, in ogni caso di consueto non è posto in rilievo (v. però Mühlenbruch XL p. 192. XLI p. 267, Jhering, *Ann. per la dogm.* I. p. 36, espressamente in contrario novellamente Czyhlarz, *Condizione risolutiva* p. 21). Ma io non vedo, perchè qui non possa collo stesso diritto ritenersi un tacito legato d'eredità, come nell'istituzione d'erede *ex certa parte* od *ex certa re* (§ 552 note 5-7, § 553 nota 8). Cfr. pure Eisele, *Ann. per la dogm.* XXIII p. 145. — Un'altra strada che è stata battuta per dar vigore alla volontà effettiva del testatore, consiste nel trasformare la condizione risolutiva in una sospensiva (v. Wening-Ingenheim, *Arch. per la prat. civ.* I p. 148 sg. Zimmern, *Ib.* VII p. 125 sg., Mayer § 20 not. 5); ma questa via è con ragione stata ripudiata da altri (Thibaut, *Ib.* V p. 317 e VII p. 353 sg., Vangerow II § 434 osserv. 1 e gli ivi citati), sebbene debba riconoscersi e sia stato riconosciuto, che in date circostanze non è impossibile una interpretazione che si avvii in questa direzione.

(20) L. 15 § 4 D. *de test. mil.* 29. 1, cfr. l. 41 pr. D. *eod.*, l. 8 C. *eod.* 6. 21. Mühlenbruch XLII p. 103 sg., sulle orme di Dernburg, *Contributi alla storia del testamento romano* p. 307 sg., crede che anche in questo caso l'erede successivo abbia ricevuta l'eredità soltanto per la via del legato d'eredità; i suoi argomenti non sono convincenti, v. in contrario anche Neuner, *La heredis intitutio ex re certa* p. 487 nota 11, Bruns nella *Encicl. di v. Holtzendorff* I § 90, Czyhlarz, *Condizione risolutiva* p. 12.

gidì ciò non vige più[21]. — È inesatto dire che la condizione risolutiva nella istituzione d'erede è inammessibile[22], a stregua di che essa o verrebbe considerata come non apposta, o renderebbe invalida l'istituzione d'erede; se essa si verifica prima dell'adizione dell'eredità la istituzione di erede perde la sua forza[23], se essa viene a mancare prima dell'adizione dell'eredità, l'istituzione d'erede ha efficacia come illimitata[24].

β. *Termine.*

§ 555.

Come la condizione risolutiva, così il termine risolutivo non può far sì che l'istituito cessi d'essere erede[1]; anche qui si può eventualmente rimediare[1a] col ripiego del legato dell'eredità. Ma anche al termine sospensivo (secondo il diritto romano, astraendo dal testamento militare[2]) non si dà efficacia direttamente[3], bensì soltanto a mezzo d'un legato

---

(21) Legge militare dell'Impero 2 maggio 1874. V. § 537 nota 4 *a*.

(22) V. I § 95.

(23) L. 72 D. *de A. v. O. H.* 29. 2. Cfr. § 562 nota 4, § 598 nota 3.

(24) Se nel § 9 I. *de her.* 2. 14 anche del *dies ad quem* si dice: — « *diem adiectum pro supervacuo haberi placet et perinde esse, ac si pure heres institutus esset* » (v. pure l. 34 D. *de her. inst.* 28. 5), ciò ha la sua ragione in ciò, che il *dies* non può venir meno. — Ciò che si dice in precedenza (dalla nota 22 in poi) è stato svolto da Eisele, *Ann. per la dogm.* XXIII p. 132 sg.

(1) V. l. 34 D. *de her. inst.* 28. 5, § 8 I. *eod.* 2. 14; l. 15 § 4 l. 41 pr. D. *de test. mil.* 29. 1, l. 8 C. *eod.* 6. 21. § 555.

(1 *a*) V. § 554 nota 19.

(2) L. 41 pr. D. *de test. mil.* 29. 1. V. § 554 nota 21.

(3) Non ostante il termine l'istituito diventa subito erede. L. 34 D. *de her inst.* 28. 5, § 9 I. *eod.* 2. 14. Secondo la volontà del testatore l'istituzione di erede dovrebbe invero avere effetto non subito, ma soltanto col sopraggiungere del termine. Ma anche prima di ciò, l'istituzione d'erede esclude tanto gli eredi *ab intestato* quanto quelli istituiti in un testamento anteriore, secondo gli stessi principii dell'istituzione d'erede sotto una condizione sospensiva (§ 554 nota 1), nè il testatore ha avuta la volontà di attribuire per il frattempo l'eredità ad altri, quindi essa contiene una « restrizione priva di senso e d'utilità », essa è soltanto una « vessazione contro i creditori dell'eredità ». Brinz 1ª Ediz.

d'eredità desunto per via di interpretazione dalla disposizione del testatore — presupposto anche qui, che si possa indubbiamente conoscere chi abbia il testatore voluto che fino all'indicato termine debba avere l'eredità[4].

Ciò che è espresso come termine, può eventualmente essere in realtà una condizione; v. al riguardo I, § 96*a*.

γ. *Presupposizione.*

§ 556.

Della presupposizione rivolta ad una circostanza passata o presente si è già superiormente trattato (§ 548, num. 2) sotto un altro punto di vista: una tale presupposizione[1] include cioè necessariamente un errore, e quindi anche l'errore può considerarsi come ciò che influisce sulla sussistenza della istituzione d'erede. La presupposizione apposta ad una istituzione d'erede può però esser rivolta anche al futuro, e specialmente[2] si contiene una presupposizione della istituzione d'erede in ogni peso imposto all'istituito. In

---

p. 772, Köppen, *L'eredità* p. 100-101. — Altri hanno voluto spiegare l'inefficacia del termine sospensivo aggiunto ad una istituzione d'erede con ciò. che in una eredità non possa succedersi in nessun altro tempo, che alla morte del testatore. Huschke, *Mus. renano* VI p. 323, Mühlenbruch XL p. 188; in contrario a ragione Köppen e Brinz ll. cit., i quali del resto non hanno presente il caso, in cui il testatore ha voluto attribuire l'eredità ad un altro fino all'indicato termine.

(4) Cfr. § 554 nota 19. — Non può anche nell'istituzione d'erede sotto condizione sospensiva contenersi un tacito legato d'eredità? Io non credo, che nel dubbio possa ammettersi come volontà del testatore, che per il caso dell'avveramento della condizione, l'istituito non debba avere il reddito dell'eredità fino allora prodotto. V. del resto anche Unger § 16 not. 20.

§ 556. (1) L'opinione dominante pone anche qui, come in genere, al posto della categoria generale della presupposizione quella più speciale del modo. Cfr. I § 97 nota 1. Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XLI p. 268 sg.

(2) Un'altra applicazione praticamente importante della presupposizione rivolta al futuro in tema di istituzione d'erede v. in § 568 nota 5. 6. Cfr. pure Seuff., *Arch.* XXXII. 328.

un tal caso il diritto rivolge invero in prima linea il suo sforzo a costringere all'adempimento del peso; ma se questo resti ciò nonostante inadempiuto, all'istituito si ricusa l'esperimento del suo diritto ereditario, ed egli è obbligato a restituire l'eredità a colui, che l'avrebbe ricevuta senza questa istituzione d'erede[3].

2. Le sostituzioni*.

*a) La sostituzione volgare (istituzione di un erede successivo)***.

§ 557.

La sostituzione volgare è l'istituzione di un erede in luogo di un altro prima istituito, per il caso che quest'ultimo non diventasse erede[1]. La sostituzione volgare è una istituzione condizionale di erede e sottostà quindi ai principî come dell'istituzione di erede in generale, così della istituzione condizionale in particolare[2]; quant'altro si può

---

(3) L. 1 § 3 D. *ubi pup.* 27. 2, l. 8 § 6 D. *de cond. inst.* 28. 7 (cfr. I § 94 nota 15). Cfr. I § 99 nota 2 e del mio scritto sopra la presupposizione Nr. 50. 54. 79. 104. 106. Unger § 18. Sulla disciplina della presupposizione impossibile ed llecita v. I § 100.

(*) Dig. 28. 6 *de vulgari et pupillari substitutione.* Cod. 6. 26 *de impuberum et aliis substitutionibus.* — Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XL p. 248 sg. XLI p. 1-44. Arndts, *Diz. G.* X p. 654 sg. Mayer § 34-43, Vering p. 338 sg. Sintenis III § 174-176, Vangerow II, § 450-456, Unger § 19. 20.

(**) *Substitutio vulgaris* (cfr. l. 1 § 2 D. *h. t.;* Mühlenbruch p. 260, Vering p. 338). Della stessa tratta in particolare il titolo delle istituzioni 2. 15 *de vulgari substitutione.*

(1) Pr. I. *h. t.* « *Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, ut puta ' si ille heres non erit, ille heres esto ', et deinceps in quantum velit testator substituere potest...* » L. 1 pr. l. 36 pr. D. *h. t.* — Si è chiamato il sostituito un erede successivo [*Nacherbe*] (così anche Mühlenbruch): ciò non è esatto, poichè invero il primo istituito non diventa erede. Qui non si tratta di uno che sia erede prima o dopo, ma di uno che è istituito prima o dopo. Cfr. Unger not. 3. § 557.

(2) Quindi è specialmente richiesto che il sostituito sia in vita al verificarsi del caso di sostituzione. L. 60 [59] § 6 D. *de her. inst.* 28. 5, l. 23. 45 § 1 D. *h. t.*,

ancora dire sovra essa, consiste in regole d'interpretazione. Così specialmente[3] è da ritenere nel dubbio che il testatore abbia voluto chiamare l'istituito in seconda linea tanto per il caso, in cui il primo istituito non può diventare erede, quanto per quello, in cui egli non vuole diventare erede[4], quando anche il testatore abbia menzionato soltanto uno di questi due casi[5]; che il testatore abbia voluto chiamare l'istituito in seconda linea anche per il caso, in cui il primo istituito diventa bensì erede, ma l'acquisto dell'eredità vien meno retroattivamente[6]; che viceversa il testatore abbia voluto escludere l'istituito in seconda linea anche per il caso, in cui il primo istituito invero non diventa erede egli stesso, ma altri lo diventa per mezzo della sua persona[7]; che più sostituiti, se sono ad un tempo

---

L. 81 D. *de A. v. O. H.* 29. 2, l. 9 D. *de suis* 38. 16. Ma vi è questa differenza dalle altre istituzioni condizionali di erede, che il sostituito non ha alcuna ragione al possesso provvisorio dell'eredità, sebbene egli non sia escluso dall'acquisto provvisorio, l. 9 C. *qui admitti* 6. 9 (§ 597 nota 2). Egli ha inoltre i diritto di far prefiggere dal giudice all'istituito un termine, entro il quale egli deve dichiarare se voglia o no adire l'eredità. Cfr. § 598 note 5. 7.

(3) Cfr. inoltre § 559 nota 11; l. 19 D. *de her. inst.* 28. 5; l. 41 § 4 D. *h. t.*, l. 60 [59] § 3 D. *de her. inst.* 28. 5; l. 74 [73] D. *eod.* Cfr. pure l. 42 D. l. 10 C. *h. t.* Sostituzione in proprio luogo: l. 48 § 1 l. 10 § 7 D. *h. t.*

(4) Cfr. l. 3 C. *de her. inst.* 6. 24.

(5) Così l'opinione dominante con richiamo alle l. 29 § 5 D. *de lib. et post.* 28. 2, l. 23 [22] pr. D. *ad SC. Treb.* 36. 1. Mayer § 35 nota 2, Sintenis § 174 nota 7. Non vogliono andar tanto oltre Mühlenbruch p. 301 sg., Arndts p. 656, Unger not. 4.

(6) Mediante *beneficium abstinendi* (§ 595) od *in integrum restitutio.* L. 44 D. *de re iud.* 42. 1, cfr. l. 12 pr. D. *de interrog.* 11. 1, l. 24 § 4 D. *de min.* 4. 4. Mühlenbruch XL p. 360 sg., Arndts p. 659-660. Sulla l. 7 § 10 D. *de min.* 4. 4 v. Mühlenbruch p. 362, Arndts, *Diz. G.* IV p. 23 nota 167. Diversamente, se all'istituito l'eredità vien tolta a causa d'indegnità, l. 12 pr. D. *ad SC. Silan.* 29. 5. Mühlenbruch p. 359-360.

(7) Le fonti contengono la decisione, che il sostituito sia escluso anche quando l'istituito coll'adizione non rende erede sè, ma il suo avente potestà, § 4 I. *h. t.*, l. 41 [40] D. *de her. inst.* 28. 5, v. del resto anche l. 3 C. *de her. inst.* 6. 24. Ciò invero non può più accadere nel diritto odierno (II § 516); invece il diritto odierno conosce ancora casi, nei quali l'istituzione d'erede dell'uno torna a profitto dell'altro in modo che quest'ultimo può in base ad essa acquistare

istituiti in prima linea[8], s'intendano chiamati per le loro quote d'istituzione[9]; che il sostituito di second'ordine (il sostituito al sostituito) s'intenda chiamato anche se colui che lo precede si elimina prima del primo istituito[10], e che egli, se colui che lo precede è ad un tempo istituito, debba ricevere non solamente la quota di sostituzione, ma anche la parte d'istituzione di lui[11].

b. *La sostituzione pupillare**.

§ 558.

La sostituzione pupillare è un caso d'istituzione d'erede in luogo d'un altro, nel senso, che in luogo di quest'altro, non vien già istituito alcuno, bensì alcuno istituisce l'erede. Il diritto ad istituire per altri un erede in questo senso compete all'avente potestà, rispetto al figlio che a questa è sottoposto, per il caso, che il figlio non raggiunga l'età richiesta per fare egli stesso testamento, e questa è ap-

---

l'eredità (§ 600-601). Però non è generalmente riconosciuta per tutti questi casi l'esclusione dei sostituiti, v. Mühlenbruch XL p. 334 sg. 348 sg. XLIII p. 224 sg., Arndts p. 656-658, Sintenis § 174 not. 25, Holzschuher II § 163 Nr. 5. Comunque sia, l'argomento contro l'esclusione, che si è voluto desumere dalla l. 72 D. *de A. v. O. H.* 29. 2 per il caso indicato in questo passo, non mi pare che sia meno debole dell'argomento per l'esclusione, che molti hanno trovato per un altro caso nella l. un. § 13 C. *de cad. toll.* 6. 51. Seuff., *Arch.* XXXII. 253.

(8) Siano gli istituiti reciprocamente sostituiti (§ 1 I. *h. t.*, l. 4 § 2 l. 23 D. *h. t.*) o no (l. 5 D. *h. t.*).

(9) § 2 I. *h. t.*, l. 24 l. 41 § 1 D. *h. t.*, l. 1 C. *h. t.*, l. 5 D. *h. t.* (Mühlenbruch p. 311 sg.). Ma se agli istituiti sostituiti è aggiunto come sostituito un non istituito, si separa per costui una quota virile, l. 32 D. *h. t.* Cfr. Mühlenbruch p. 317 sg., Vangerow § 451 osserv. 3 in f.

(10) L. 41 pr. D. *h. t.*

(11) § 3 I. *h. t.*, l. 27 l. 41 pr. D. *h. t.* Entrambe le qui menzionate massime esprimono la regola: *substitutus substituto censetur substitutus instituto.*

(*) Ne tratta oltre ai titoli delle Pandette e del Codice citati prima del § 557 il titolo delle istituzioni 2. 16 *de pupillari substitutione.* Letteratura passo cit. V. inoltre Baron, *Rapporti giuridici complessivi* p. 453-536. Pietak, *Arch. per la pr. civ.* LVIII p. 378 sg. LIX p. 1 sg. (1875-1876).

punto la sostituzione pupillare[1]. La denominazione sostituzione per una istituzione d'erede di questa specie è desunta dal caso pensato come usuale, che l'avente potestà nomini ad un tempo a suo proprio erede il figlio[2]; ma ciò non è necessario[3]. Ed anche nel caso, in cui l'avente potestà nomina ad un tempo erede il figlio, la sostituzione pupillare investe pure non solo ciò che è lasciato al figlio dall'avente potestà, ma anche il patrimonio dal figlio posteriormente acquisito[4], ed anche se in un dato caso il sostituito non riceve nulla all'infuori del patrimonio lasciato al figlio dall'avente potestà, resta sempre vero, che egli non è erede del padre, ma erede del figlio[5].

Per quanto però ciò sia indubitato, e per quanto il suindicato concetto della sostituzione pupillare sia recisamente riconosciuto e rilevato nelle fonti[6], tuttavia si fa sentire attraverso le fonti un'altra corrente, secondo la quale

---

§ 558. (1) Essa si chiama sostituzione pupillare perchè si fa ad un *pupillus, impubes;* poichè l'età richiesta per la confezione d'un testamento è appunto l'età della pubertà, § 542 nota 8. L. 2 pr. D. *h. t.* « *Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quattuordecim annos perveniant, feminae ad duodecim* ». L. 3 § 5 *eod.:* — « *si filius meus intra quartum decimum annum decesserit* ». L. 1 § 1 l. 46. 47 D. *h. t.;* l. 4 i. f. l. 41 § 8 *eod.;* l. 31 § 1 l. 39 D. *h. t.;* l. 28 D. *de reb. auct. iud.* 42. 5. Pr. I. *h. t.:* — « *si filius meus prius moriatur quam in tutelam suam venerit* ». L. 8 § 1 D. *de B. P. s. t.* 37. 11.

(2) Pr. I. *h. t.* — « ' *Titius filius meus heres mihi esto: si filius meus heres mihi non erit, sive heres erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerit* ' (*id est pubes factus sit*), ' *tunc Seius heres esto* ' ». L. 1 § 1 D. *h. t.*

(3) V. § 559 nota 12.

(4) V. § 559 nota 13.

(5) Il patrimonio dell'avente potestà, appunto per ciò, che il figlio è diventato erede di lui, ha cessato di essere patrimonio dell'avente potestà, ed è diventato patrimonio del figlio. Quindi anche in questo caso fra la sostituzione pupillare e la volgare vi è soltanto una coincidenza del fenomeno esteriore, non della essenza intima.

(6) L. 2 D. *h. t.* (nota 1). Pr. i. f. I. *h. t.:* — « *nam moribus institutum est, ut, cum eius aetatis sunt, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant* ». V. pure § 1. 2 *eod.* Gai. II. 180: — « *quo casu si... heres extiterit filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus* ». L. 10 § 5 D. *h. t.*, l. 8 § 1 D. *de B. P. s. t.* 37. 11, e molti altri passi.

l'avente potestà nomina effettivamente nella sostituzione pupillare un erede a sè stesso e non al figlio[7]. Forse questo concetto è stato quello originario del diritto romano[8]; in ogni caso il diritto romano nella sua ultima elaborazione ci dà una serie di massime, che si spiegano soltanto con questo concetto[9].

§ 559.

Le regole più particolari per la sostituzione pupillare sono le seguenti[1].

1. Il diritto di sostituire pupillarmente compete, come

(7) Ciò viene riconosciuto da Francke, *Dir. degli eredi necessari* p. 458 sg., Keller, *Istit.* § 288 e *Pand.* § 488, H. Pernice, *Ann. del dir. com.* I p. 239. Brinz 1ª ediz. p. 779, Vangerow § 452 osserv. (p. 177) e gli altri citati da questo scrittore, inoltre da Schirmer su Puchta 12ª ediz. § 478*e*. Vien contrastato, in una maniera che non mi convince, da Pietak nell'articolo menzionato nella nota *. Baron loc. cit. ha cercato di dare all'indicato pensiero questa forma, che (nel caso dell'istituzione del figlio) subito colla morte dell'avente potestà tanto il figlio che il sostituito pupillare, entrambi come unità, siano eredi del padre, e vede in ciò una ulteriore applicazione del concetto da lui sostenuto, del « rapporto giuridico complessivo ». Cfr. I § 169*a* nota 8 in f., II § 293 nota 1 verso la f., § 499 nota 6.

(8) Io me lo raffiguro in questa guisa, che il diritto romano si sia immaginata la signoria dell'avente podestà nella sua casa (nel senso romano della parola) come sopravvivente anchè dopo la sua morte (quindi anche relativamente al patrimonio posteriormente portato in casa), finchè il chiamato a succedere in questa signoria non era in grado di esercitarla da sè. Come l'avente potestà per questa signoria immaginata come sussistente poteva nominarsi un rappresentante (il *tutor*, II § 433 Num. 1), così egli poteva in forza della stessa, sia prima che dopo, disporre del patrimonio domestico come proprio.

(9) V. § 559 Num. 5. 6. 7. 8. Dipende da questo concetto anche l'essere stata una formula in ogni caso ammissibile per la sostituzione pupillare: — « *tum ille* MIHI *heres esto* ». Cic. *de invent.* II. 42, *de orat.* II, 32, l. 1 § 1 l. 41 § 8 D. *h. t.*, l. 8 § 1 D. *de B. P. s. t.* 37. 11. — Nelle prime edizioni, a sostegno di questo concetto era allegata anche la l. 46 D. *h. t.* È da concedere a Pietak (op. cit. p. 425), che la forza probante di questo frammento è indebolita dalla l. 7 § 2 D. *de A. v. O. H.* 29. 2.

(1) Contengono regole d'interpretazione: le l. 3. 8 § 1 D. *h. t.*; l. 10 pr. D. *h. t.*, l. 9 D. *h. t.*, l. 11 C. *h. t.* (Arndts p. 667 not. 84); l. 47 D. *h. t.* (Vangerow II § 453 osserv. 2).

§ 559.

s'è osservato, al padre rispetto al figlio in potestà[1a]. Lo stesso diritto del padre ha però l'ulteriore ascendente di fronte al nipote in potestà, presupposto che questa potestà sia immediata[2]. Il momento, in cui deve esistere potestà e immediata potestà, è quello della morte dell'avente potestà, non quello in cui si fa la sostituzione pupillare[3]. A chi è sottoposto effettivamente a potestà s'equipara il nato dopo la morte del testatore, che in caso di nascita anteriore sarebbe stato sotto la (immediata) potestà di lui al tempo della sua morte[4]. Con ciò che il figlio dopo la morte dell'avente potestà trapassi in una patria potestà altrui, la sostituzione pupillare diventa in sè e per sè invalida[5]; però essa viene indirettamente tenuta salda[6].

2. La sostituzione pupillare non può estendersi al caso della morte del figlio dopo raggiunta l'età pubere[7], ma

---

(1 *a*) Anche di fronte al sottoposto alla potestà per via di adozione, l. 10 § 6 D. *h. t.* Non di fronte al figlio emancipato, l. 2, pr. D. *h. t.* Non alla madre; essa, come qualunque estraneo, non può raggiungere lo scopo della sostituzione pupillare se non per la via della sostituzione volgare con istituzione condizionale del figlio e soltanto pel patrimonio, sul quale essa istituisce il figlio, l. 33 D. *h. t.*

(2) L. 2 pr. l. 41 § 2 D. *h. t.* — È quindi una inesattezza che si permette la esposizione, quando invece di « avente potestà » o di « ascendente » parla di « padre »; ma essa con ciò raggiunge una maggiore facilità di comprensione.

(3) L. 2 pr. l. 41 § 2 D. *h. t.* L. 41 § 2 cit.: — « *si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita* ». L. 2 pr. cit.: — « *Sed si extraneum quis impuberem heredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum... adoptaverit...* ». V. Löhr, *Arch. per la prat. civ.* IX p. 112 sg. (concorde Wächter, *Riv. crit. di Tub.* II p. 176), Mühlenbruch p. 371 sg.

(4) L. 2 pr. D. *h. t.*, § 4 i. f. I. *h. t.*

(5) L. 17 § 1 D. *de adopt.* 1. 7.

(6) In quanto cioè in genere all'arrogatore di un impubere, pel caso che questo muoia prima di raggiungere la pubertà, incombe l'obbligazione di restituirne il patrimonio a colui, che senza l'arrogazione lo avrebbe ricevuto (II § 524 nota 5). L. 19 pr. D. *de adopt.* 1. 7, l. 40 D. *h. t.* L'opinione, che la sostituzione pupillare venga direttamente mantenuta salda (Sintenis III § 175 nota 7, Puchta § 478 in f., cfr. Schirmer p. 203-204), io non la ritengo fondata.

(7) L. 7. 14 D. *h. t.*, § 8 I. *h. t.*

può bensì limitarsi al caso della morte prima che abbia raggiunto una età inferiore[8].

3. La sostituzione pupillare non occorre si faccia espressamente[9]. Essa, nel dubbio, è non solamente contenuta nella sostituzione in generale (sostituzione senza più precisa indicazione)[10], ma anche nella sostituzione ordinaria[10], come viceversa questa in quella[11].

---

(8) L. 21. 38 § 1 D. *h. t.*

(9) Cfr. su quanto segue: v. Wening-Ingenheim, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* III p. 119 sg. (1830). Fuchs, *Arch. per la prat. civ.* XXXVIII p. 305 sg. (1855). Elvers, *Arch. per la G. P. prat.* IV Nr. 1 e p. 150 (1857). H. Pernice, *Ann. del D. com.* I p. 217 sg. (1857). W. Munzinger, *La causa Curiana davanti il tribunale centumvirale romano e la sostituzione testamentaria* (Dissertazione inaugurale, s. a.). Mühlenbruch XL p. 291 sg. Vangerow II § 453 osserv. 1.

(10) Nel dubbio è da ritenere, che il testatore nonostante la sua inesatta, o non interamente esatta, maniera d'esprimersi, abbia voluto disporre non semplicemente una sostituzione ordinaria, ma anche una pupillare. L. 4 pr. § 1 D. *h. t.*, l. 4 C. *h. t.* Questa è una presunzione giuridica stabilita dal diritto romano, la quale ha la sua base in parte nell'abituale congiunzione delle due specie di sostituzione (*substitutio duplex*, cfr. l. 1 § 1 D. *h. t.*), in parte nella considerazione, che non si saprebbe vedere, perchè il testatore non abbia voluto preferire il sostituito a colui che sottentra in mancanza dello stesso per qualunque caso, pel quale lo poteva preferire. Ma questa presunzione può, come ogni altra presunzione giuridica, essere vinta colla controprova (non con ciò, che la volontà del testatore sia soltanto resa dubbia, come relativamente ad un caso giuridico presentatosi nella pratica ha cercato di dimostrare Elvers loc. cit., v. pure v. Wening-Ingenheim p. 152, Munzinger p. 20 sg. — in contrario Fuchs loc. cit., Pernice p. 219 sg.), ed una tale controprova le fonti trovano specialmente in ciò, che alla sostituzione fatta all'*impubes* ne sia congiunta un'altra che può sussistere soltanto come sostituzione volgare. L. 4 § 2 l. 45 pr. D. *h. t.*, l. 2 C. *h. t.*, l. 6 C. *de test. mil.* 6. 21, l. 4 C. *h. t.* L'opinione del Pernice op. cit. p. 229 sg., che in questi passi sia contenuta una disposizione positiva, non una interpretazione di volontà, è infondata. Piuttosto contiene una disposizione positiva, sebbene però anch'essa si annunci come definizione d'una controversia sopra interpretazione di volontà, la l. 3 C. *de inst. et subst.* 6. 25 (istituzione della moglie per una parte, e del figlio che essa partorirà per l'altra parte; sostituzione d'un terzo per l'ultima parte nel caso che non nascesse alcun figlio; nasce un figlio, ma muore prima della pubertà; la madre deve come erede *ab intestato* precedere il sostituito). Contro il tentativo che si è fatto di generalizzare la decisione di questo passo, v. Mühlenbruch p. 295 sg., Pernice p. 223 sg., Vangerow § 453 osserv. 1. Cfr. Seuff.,

4. La sostituzione pupillare non presuppone l'istituzione del figlio[12], ed investe, tanto più se il figlio è stato istituito, anche il patrimonio posteriormente acquistato dallo stesso[13]. Però fra gli aventi potestà, quegli che l'ha acquistata per arrogazione, non può sostituire al figlio per più di quanto il figlio ha ricevuto da lui[14].

5. Invece la sostituzione pupillare presuppone sicuramente che l'avente potestà nomini a sè un erede qualunque[15]. La sostituzione pupillare in genere, sebbene quanto

---

Arch. X. 270, XXXI. 49. — Eccezione anche pel testamento militare (Mühlenbruch p. 297, Vangerow loc. cit.)? Dalla l. 8 C. *de test. mil.* 6. 21 questa eccezione non è certamente provata, e lo è malagevolmente dalla l. 8 C. *h. t.*

(11) Così già nell'anno 661 a. u. c. era stato deciso dai centumviri in una lite venuta in singolare fama fra M. Curius e M. Coponius, della quale Cicerone parla in molti passi (p. es. *de or.* I. 39, *pro Caecina* 18, v. pure Quinctil., *Instit. or.* VII. 6); cfr. Mühlenbruch XL p. 267 sg., Pernice p. 233 sg., Munzinger p. 1 sg. Posteriormente questa massima è stata riconosciuta anche da un rescritto di Marco e Vero, l. 4 pr. D. *h. t.* Ciò nondimeno la si è contrastata, così fra i moderni v. Wening-Ingenheim op. cit. p. 153 sg.; v. in contrario Mühlenbruch p. 269 sg. Vangerow II § 451 osserv., e gli ivi menzionati. A causa della l. 28 D. *de reb. auct. iud.* 42. 5 la contrasta anche Pernice p. 237 sg. per il caso in cui il pupillo, valendosi del *beneficium abstinendi*, cessi nuovamente d'essere erede, v. in contrario Vangerow loc. cit. [Dernburg III p. 173 contesta l'applicabilità odierna di tale massima]. — Anche per questa presunzione si solleva la questione indicata nella nota precedente, se possa essere vinta soltanto dalla prova contraria, o già con ciò, che si provino circostanze, le quali rendano dubbia la volontà estensiva. V. gli scrittori ivi citati.

(12) La sostituzione pupillare sussiste anche in caso di diseredazione del figlio L. 1 § 2 l. 10 § 5 D. *h. t.*, § 4 I. *h. t.* Una diseredazione non valida (§ 587 Num. 2, § 590), come la preterizione del figlio, non rende invalida anche la sostituzione pupillare, Nov. 115 c. 3 i. f. c. 4 i. f. Cfr. § 591 nota 15.

(13) L. 10 § 5 D. *h. t.* La separazione delle due masse patrimoniali è (secondo il diritto romano, cfr. § 537 nota 4*c*) concessa soltanto al soldato, l. 10 § 5 cit.

(14) L. 10 § 6 D. *h. t.*, l. 22 § 1 D. *de adopt.* 1. 7. Si dice nel primo frammento: « *ad substitutum... non* DEBERE PERTINERE *ea, quae haberet si adrogatus non esset* »; nel secondo: « *Sed an impuberi adrogator substituere* POSSIT, *quaeritur; et puto* NON ADMITTI *substitutionem...* ». A questa stregua l'opinione, che in questo caso afferma la diretta invalidità della sostituzione (Sintenis § 175 not. 7), merita la preferenza sull'altra opinione, che anche in questo caso (cfr. nota 6) vuol far luogo ad un semplice vincolo obbligatorio di restituzione (Mühlenbruch XL p. 410 sg., Baron op. cit. p. 517).

(15) L. 1 § 3 l. 2 § 1. 4 cfr. § 5. 6 D. *h. t.*, § 5 I. *h. t.*

alla forma esterna possa farsi in uno scritto particolare[16], anzi in un testamento particolare[17], giuridicamente non è altro che una parte costitutiva del testamento paterno[18], non diventa efficace prima di questo, e sta e cade collo stesso[19]. Soltanto la sostituzione pupillare fatta da un soldato sussiste, secondo il diritto romano, da per sè sola[19a]; oggidì questa eccezione non vige più[19b].

6. L'esclusione degli eredi necessari non è ragione d'inefficacia per la sostituzione pupillare, nè quella degli eredi necessari dell'avente potestà, nè quella degli eredi necessari del figlio[19c].

---

(16) Gai. II. 181, § 3 I. *h. t.*, l. 8 D. *test. quemadm. aper.* 29. 3, l. 8 § 4 D. *de B. P. s. t.* 37. 11.

(17) L. 16 § 1 l. 20 § 1 D. *h. t.* In questo caso deve però precedere il testamento paterno, l. 2 § 4 D. *h. t.*

(18) § 2 I. *h. t.* (Gai. II. 180): — « *in pupillari substitutione... duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris alterum filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certe unum est testamentum duarum causarum, id est duarum hereditatum* ». L. 2 § 4 l. 20 pr. D. *h. t.*, l. 2 § 2 D. *de H. v. A. V.* 18. 4.

(19) L. 10 § 4 D. *h. t.*: — « *nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas* ». — L. 2 § 1 D. *h. t.*, l. 41 § 5 D. *de test. mil.* 29. 1. L. 16 § 1 D. *h. t.*: — « *si sibi et filio pater testamentum fecisset, deinde sibi tantum, utrumque superius rumpetur* ». L. 2 pr. D. *h. t.*: — « *si principale ruptum sit testamentum* (mediante comparsa d'un erede necessario), *et pupillare evanuit* ». Però invero questa massima non viene incondizionatamente svolta. Cfr. § 591 nota 15 e l. 2 § 1 i. f. D. *h. t.*, l. 12 D. *eod.*, l. 42 pr. D. *de A. v. O. H.* 29. 2.

(19*a*) L. 2 § 1 D. *h. t.*, l. 41 § 5 D. *de test. mil.* 29. 1.

(19*b*) Legge militare dell'impero 2 maggio 1874 § 44. Cfr. § 537 nota 4*a*.

(19*c*) L. 8 § 5 D. *de inoff.* 5. 2. « *Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit... nec patris frater, quia filii testamentum est...* ». C. 1 *de test.* in VI° 3. 11. Sulla questione, se per gli eredi necessari (ascendenti) dell'*impubes* ciò non sia stato mutato dalla Nov. 115, v. da una parte Zimmern nelle *Disquisizioni di dir. romano* sue e di Neustetel p. 85-86, Francke, *Diritto degli eredi necessari* p. 456 sg., dall'altra parte Thibaut, *Arch. per la prat. civ.* V p. 346 sg., Fuhr nei *Saggi di d. civile* suoi e di Hoffmann p. 89 sg., Mühlenbruch XL p. 391 sg., Vangerow § 453 osserv. 3, Holzschuher II § 164 Nr. 7, Schröder, *Dir. degli eredi necessari* p. 566 sg., Seuff., *Arch.* VI. 222, XXVI. 141. Sull'opinione, che anche secondo il diritto delle pandette l'avente potestà debba almeno prendere in considerazione gli eredi necessari comuni (Zimmern op. cit. p. 83 sg.), v. Vangerow loc. cit. e gli scrittori ivi menzionati.

7. Il sostituto pupillare acquista l'eredità del figlio come se essa fosse eredità paterna. Se quindi di fronte al padre egli è erede necessario, lo è anche di fronte al figlio[20]; [21]se egli è contemporaneamente istituito erede dal padre, adisce nell'eredità paterna anche l'eredità del figlio[22], e viceversa. Similmente egli ricusa nell'eredità paterna anche l'eredità del figlio, e viceversa[23]; però a questa massima

---

(20) L. 2 § 4 D. *h. t.*: — « *constat... unum esse testamentum, licet duae sint hereditates, usque adeo ut quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat...* ». L. 10 § 1 *eod.* L. 42 pr. i. f. *de A. v. O. H.* 29. 2: — « *si frater a patre fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres existet* ».

(21) Cfr. sul seguito fino alla fine di questo numero: Warnkönig nella *Riv.* sua e di Rosshirt II p. 1 sg. (1834). Mühlenbruch XL p. 419 sg. (1838). v. Löhr, *Arch. per la prat. civ.* XXII p. 315 sg. (1839). Warnkönig, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* XVIII p. 387 sg. (1843). Vangerow, *Arch. per la prat. civ.* XXXVII p. 328 sg. (1854). Arndts, *Diz. G.* X p. 669-670 (1856). Baron op. cit. p. 503 sg. (1864). Vangerow (*Trattato*) II § 454 osserv. Schlayer, *Arch. per la prat. civ.* LIII p. 48 sg. (1871). Wendt, *ib.* LV p. 261 sg. (1872). Pietak op. cit. LIX p. 1 sg. (1876). Amann, *Il computo della Falcidia in caso di riunione di più quote ereditarie, ecc.* [die Berechnung der Falcidia bei Vereinigung mehrerer Erbtheile] p. 305 sg. (1876).

(22) L. 59 D. *de A. v. O. H.* 29. 2. « *Qui patris heres exstitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere. Quod sic recipiendum est etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit...* ». L. 20 C. *de iure delib.* 6. 30. Seuff., *Arch.* XXXII. 153. Contro l'opinione, che colla adizione della paterna eredità l'eredità del figlio resti acquisita contro sua volontà a chi fa l'adizione solamente quando il figlio sia anche diventato erede del padre (dei moderni Warnkönig, *Rivista di Rosshirt* p. 4 sg. *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* p. 295, Brinz 2ª ediz. III p. 92), v. Mühlenbruch p. 436, V. Löhr p. 339 sg., Baron p. 512. 513, Vangerow, *Trattato* I. 1.

(23) L. 10 § 3 D. *h. t.* « *Idemque est, si pater me heredem scripserit ex parte et filium ex parte, et ego patris hereditatem repudiavero; nam neque filii hereditatem habere possum* ». Secondo un'altra opinione in questo passo si vieterebbe soltanto al sostituito di separare l'eredità del padre e del figlio, ma non dopo rifiutata l'eredità del padre, di acquistarle entrambe insieme in base alla sostituzione pupillare. Questa opinione è sostenuta da Baron p. 507 sg., Schlayer, Pietak ll. citt., contro la stessa Vangerow Nr. I. 2a e Wendt l. cit., da ultimo Amann l. cit., Brinz 2ª edizione III p. 154. Dovrà, per quanto io credo, ammettersi, che la questione non è scevra di dubbi. Secondo l'uno e secondo l'altro concetto, deve inserirsi nel menzionato passo qualche cosa, che esso non dice. Secondo l'opinione qui mantenuta

vi sono eccezioni[24]. Tanto meno è concesso al sostituito pupillare il separare l'eredità paterna contenuta nell'eredità del figlio, da questa[25].

8. [26]I legati, che il padre impone al sostituto pupillare, si hanno come legati, che il padre impone sull'ere-

---

si deve (a causa dello « *idemque est* ») interpolare: poichè io non posso distruggere la rinunzia una volta avvenuta; secondo l'opinione opposta deve interpolarsi: se io persisto a non voler avere l'eredità del padre. Per quanto io credo, l'ultima interpolazione è di gran lunga più forzata della prima (se — poichè). Di fronte a questa difficoltà, mi pare che anche tutto quello, che altrimenti può farsi valere a favore della nuova opinione, non abbia un valore preponderante. Sarebbe diversamente, se potesse provarsi, come Schlayer e Pietak ritengono, che neppure l'adizione in base alla sostituzione volgare sia resa impossibile dal rifiuto relativo alla istituzione; ma questa prova non si può punto dare (§ 602 nota 6).

(24) *a*) Ad ogni modo per il caso, in cui il figlio non è diventato erede del padre, l. 10 § 4 D. *h. t.* (vv. *cum non haberet substitutum*), l. 41 D. *de A. v. O. H.* 29. 2. L. 28 [27] § 5 D. *ad SC. Treb.* 36. 1 (anche la l. 28 [27] § 2 *eod.* è da riferirsi al caso, in cui il figlio è diseredato, e nella l. 11 § 1 D. *eod.*, affinchè il passo non manchi d'ogni coerenza logica, invece di CUM *filio* è da leggere EXHEREDATO *filio*, cfr. Vangerow, *Arch.* p. 338 sg.); *b*) se il sostituito è erede necessario, anche per il caso, che il figlio sia diventato erede del padre, in modo però, che in questo caso dall'eredità del figlio vien separato ciò, che in essa è contenuto della eredità paterna, l. 12 D. *h. t.*, l. 40 D. *de A. v. O. H.* 29. 2. Però questo punto è controverso. V. Vangerow Nr. I. 2*b* e gli ivi menzionati, specialmente anche Baron p. 520 sg., inoltre Mühlenbruch XL p. 443 sg., Sintenis II § 175 nota 28, Schlayer p. 47 sg., Wendt p. 278 sg., Amann p. 324 sg.

(25) L. 10 § 2 D. *h. t.* « *Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est: exstitit patri filius heres: an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? non potest; sed aut utriusque debet hereditatem habere aut neutrius: iuncta enim hereditas coepit esse* ». L. 28 D. *de reb. auct. iud.* 42. 5 (vv. *At cum institutus* cett.). Ma se il figlio si è esonerato dalla eredità paterna, essa non viene addossata neppure al sostituito, sebbene prenda l'eredità del figlio. L. 42 D. *de A. v. O. H.* 29. 2. Però nella giurisprudenza romana era sostenuta anche una opinione più severa, secondo la quale il sostituito neppure in questo caso poteva separare le due eredità, l. 42 cit., l. 28 cit. (Del resto non sono mancati tentativi di spiegare il passo menzionato in ultimo, in modo da far svanire la contraddizione coll'opinione ricevuta; v. specialmente Mühlenbruch p. 410 sg. — dall'altra parte v. Löhr p. 328 sg., Huschke, *Riv. pel dir. e per la proc. civ. N. S.* VII p. 89 sg., Baron p. 488 sg. 513, Vangerow Nr. II).

(26) Cfr. sul seguito: Mühlenbruch XL p. 395 sg., Huschke, *Riv. pel*

dità propria[26a]; però come eredità paterna qui si considera non il patrimonio lasciato dal figlio, ma quello lasciato dal padre[27]. Quindi il sostituito pupillare non è mai tenuto a pagare i legati impostigli, col patrimonio, che il figlio ha acquistato dopo la morte del padre[28]. Invece egli deve pagarli col patrimonio lasciato dal padre, in quanto il figlio è istituito nello stesso[29], indipendentemente da eventuali diminuzioni, che questo patrimonio posteriormente abbia sofferte nelle mani del figlio[30], e si deve pagare non solo con quello, che ha ricevuto del patrimonio paterno indirettamente mediante l'istituzione del figlio, ma anche con quello, che egli dello stesso ha ricevuto mediante diretta attribuzione del padre[31]. Se anche al figlio sono imposti

---

dir. e per la proc. civ. N. S. VI p. 370 sg. VII p. 54 sg., Herrmann, *Ib.* VIII p. 394 sg., Vangerow, *Arch. per la prat. civ.* XXXVI p. 221 sg. e *Trattato* II § 521 osserv. 2, Baron op. cit. p. 461. 462, Pietak op. cit. LVIII p. 413 sg. In questo punto non si tien conto della influenza che può esplicare la legge Falcidia.

(26a) Quindi si verifica anche la loro devoluzione colla morte del padre, e prima della morte del pupillo. L. 1 l. 7 § 4. 5 D. *quando dies* 36 2.

(27) L. 79 D. *ad leg. Falc.* 35. 2: — « *In duplicibus testamentis sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater cum moreretur habuerit, nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel adquisierit aliquid vel deminuerit: sive de legatis quaeramus, tam ea, quae in primis quam ea, quae in secundis tabulis relicta sunt, in unum contribuuntur, tamquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia condicione legasset* ». L. 11 § 5 D. *eod.*

(28) L. 79 D. *ad leg. Falc.* 35. 2 (nota 27), l. 11 § 5 *eod.*, l. 87 § 7 *i. f. eod.* (— « *est igitur rationi congruens, ne plus iuris circa personam substituti testator habeat, quam habuerat in eo, cui eum substituebat* »), l. 126 pr. D. *de leg.* I° 30. Se il figlio è diseredato, i legati imposti al sostituito pupillare vengono interamente meno. Cfr. l. 24 C. *de leg.* 6. 37 e su questa Arndts, *Cont. di Glück* XLVII p. 198 sg.

(29) In quanto il figlio è istituito nello stesso: non in quanto il figlio ha ricevuto qualche cosa del patrimonio del padre per legato del padre o per essere erede di un altro, che il padre abbia istituito. L. 41 § 3 D. *de test. mil.* 29. 1, l. 87 § 7 D. *ad leg. Falc.* 35. 2, l. 24 C. *de leg.* 6. 37; l. 87 § 7 cit.; l. 103 pr. D, *de leg.* III° 32 (dove invece di « *si pater exheredato filio* SUBSTITUIT *heredem extraneum* » è manifestamente da leggere « INSTITUIT »).

(30) L. 79 D. *ad leg. Falc.* (nota 27), l. 11 § 5 l. 87 § 7 *eod.*

(31) L. 11 § 8 D. *ad leg. Falc.* 35. 2, l. 41 § 6 D. *h. t.* 28. 6.

legati, questi vengono computati con quelli imposti al sostituito pupillare[32].

9. La incapacità relativa a succedere (incapacità d'acquisto) del sostituto pupillare di fronte al padre od al figlio viene in considerazione soltanto per il patrimonio proveniente da questo o da quello[33].

c. *La sostituzione quasi pupillare.*

§ 560.

Secondo l'analogia della sostituzione pupillare, gli ascendenti possono nominare un erede ai loro discendenti infermi di mente per il caso, che questi muoiano in istato di demenza[1]. Ma essi debbono scegliere l'erede fra i discendenti dell'infermo sani di mente, in mancanza di questi fra i loro propri discendenti sani di mente, e soltanto se non ne esistono neppure di questi ultimi, essi sono liberi nella scelta dell'erede[2]. Inoltre essi devono lasciare al discendente, al quale essi nominano un erede, la legittima sul loro patrimonio[2]. Non si richiede che il testatore abbia l'infermo di mente in potestà[3]. L'istituzione

---

(32) L. 79 D. *ad leg. Falc.* 35. 2 (nota 27), l. 11 § 5 *eod.*, l. 1 § 12 l. 31 *eod.*

(33) L. 6. 11 D. *h. t.* 28. 6.

(1) C. d. *substitutio quasi-pupillaris* od *exemplaris* (« *ad exemplum pupillaris substitutionis* », v. i passi che or ora si citeranno) o *Justinianea.* Essa si fonda sopra una costituzione di Giustiniano dell'anno 528, la l. 9 C. *h. t.*, della quale le *Istituzioni* dànno relazione nel § 1 *h.t.* — Letteratura: Unterholzner, *Arch. per la prat. civ.* II p. 52 sg. (1819). V. Löhr, *Ib.* V p. 105 sg. (1822). Thibaut, *Ib.* V p. 337 sg. (1822). V. Löhr, *Ib.* IX Nr. I. II p. 99 sg. (Al riguardo Wächter, *Riv. crit. di Tüb.* II p. 174-176) (1826). Thibaut, *Ib.* X p. 217 sg. (1827). Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XL p. 475-490. XLI p. 1-44 (1838. 1840). Arndts, *Diz. G.* III p. 672-674 (1856). Vangerow II § 456 osserv., Sintenis III § 176, Holzschuher II § 165. Inoltre vi sono su questo oggetto due più recenti dissertazioni inaugurali, di Düffer, Halle 1848 e di Hüffer, Breslau 1853.

(2) L. 9 l. cit.

(3) L. 9 C. cit. vv. « *parenti qui vel quae testator* », — « *testatori vel testatrici* ».

d'erede per il malato di mente investe, come la sostituzione pupillare, non solamente ciò che gli è lasciato dall'ascendente, ma anche il patrimonio da lui per altra via acquistato[4]; ma presuppone d'altra parte pure, come quella, che il testatore faccia anche testamento per sè[5]. Ma in questa teoria si controverte non solo sui due punti menzionati in ultimo[6], bensì anche su alcuni altri[7].

---

(4) Questa è l'opinione dominante. Ma essa è stata combattuta da Unterholzner, V. Löhr, e specialmente da Vangerow ll. citt.; inoltre da Puchta, *Ann. di Erlangen* V p. 284 sg. *Diritto consuetudinario* II p. 68 sg. *Trattato* § 479 e *Lez.* relative, Fritz nella sua edizione del *Trattato* di Wening-Ingenheim § 475 nota *h*, Fuhr nei *Saggi di d. civile* suoi e di Hoffmann p. 84 sg., Vering p. 358 sg., Keller § 490. In contrario e per l'opinione dominante gli altri nominati, inoltre Francke, *D. degli eredi necessari* p. 463 sg., Mayer I § 41, Brinz 2ª ediz. III p. 94 nota 10. I dissenzienti concordano in ciò, che Giustiniano abbia voluto dare all'ascendente il diritto di sostituzione soltanto per il patrimonio da lui lasciato all'infermo di mente, ma non sono d'accordo fra loro, sul punto se per la sostituzione, della quale gli è stata attribuita la facoltà, possa intendersi una sostituzione diretta (istituzione d'erede) o soltanto una sostituzione fedecommissoria. Io non ritengo giustificata nè l'una nè l'altra di queste opinioni; il richiamo di Giustiniano all'analogia della sostituzione pupillare parmi che escluda ogni dubbio, non ostante tutto quello, che è stato accampato contro questo argomento. Del resto i dissenzienti non vogliono tutti trarre anche conseguenze pratiche dall'interpretazione da loro sostenuta, ma ammettono in parte od un costante diritto consuetudinario in senso opposto (Puchta), od almeno una così decisa *communis opinio*, « (che)... a stento (potrebbe) giustificarsi, un singolo giudice che volesse contraporre (alla stessa) la sua opinione individuale (Vangerow) ».

(5) Anche ciò è contrastato, così da Löhr, *Arch. per la prat. civ.* V p. 112, Wening-Ingenheim § 465. *o*, [Dernburg III p. 174]. Ma non solo discende dall'analogia della sostituzione pupillare, sibbene anche dalla speciale disposizione della l. 9 cit., che impone di lasciare al figlio la legittima, affinchè per questa ragione non si possa impugnare (il testamento paterno e con esso) la sostituzione, « *ut occasione huiusmodi substitutionis querela nulla contra testamentum eorum oriatur* ». Invero questa non è l'usuale interpretazione di tali parole (altre interpretazioni: nella disposizione che stabilisce la sostituzione non si dee ravvisare un oneramento della legittima; nella sostituzione non si dovrà tener conto alcuno degli aventi diritto alla legittima).

(6) V. le due note precedenti.

(7) Così specialmente sulla questione, come si debba regolarsi, se più ascendenti fanno uso del loro diritto di sostituzione. Su questa questione v'è uno speciale articolo di Heimberger nell'*Arch. per la prat. civ.* XII p. 354 sg., e v. il

In base a privilegio sovrano, un padre può nominare un erede anche per un suo figlio incapace a testare per altre ragioni. Questa istituzione d'erede però perde la sua forza non solo col cessare dello stato d'incapacità, ma anche per la nascita di un erede necessario del figlio[8].

d. *Appendice.*

§ 561.

Si parla anche d'una sostituzione fidecommissaria[1], ma essa non è una istituzione d'erede, sibbene la statuizione d'un legato, per cui ad un istituito si impone l'obbligo di restituire ad un terzo, per un certo caso o dopo un certo tempo, l'eredità attribuitagli[2]. Ma conformemente

---

prospetto sulle diverse opinioni in Vangerow II § 456 Nr. 4. A me pare che sia quanto mai nello spirito del diritto romano, che al padre si dia la preferenza sulla madre (come per l'educazione, II § 514 Num. 3), e quindi agli avi paterni sui materni, di nuovo con prevalenza dell'uomo sulla donna, colla restrizione però, che la sostituzione d'un altro ascendente pel patrimonio da lui lasciato al figlio vien tenuta salda come fidecommissaria (§ 561 nota 3). Altri non aggiungono quest'ultima modificazione; o lasciano sussistere le più sostituzioni l'una accanto all'altra, per modo che i sostituiti diventerebbero coeredi, nel che di nuovo viene o no riservato ad ogni ascendente il patrimonio da lui derivante; od insegnano, che prevale la sostituzione dell'ascendente che sopravvive più a lungo. — In una sostituzione volgare è contenuta anche una sostituzione quasi-pupillare? In contrario Seuff., *Arch.* XXXI. 343.

(8) L. 43 pr. D. *h. t.* 28.6. Questo passo menziona soltanto il caso del muto (§ 539 Num. 3); l'estenderlo al caso della interdizione per causa di prodigalità (§ 539 Num. 2) non è troppo arrischiato. Cfr. Mühlenbruch XL p. 477 sg., Sintenis § 176 in principio.

(1) Già alle fonti non è estranea questa designazione. L. 41 § 3 D. *h. t.*, l. 15 *eod.* (*vv.* DIRECTO *substituit*), § ult. I. *de pupillari* 2. 16 (*vv.* « ITA *substituere nemo potest.. sed..* »). § 561.

(2) § ult. I. *de pupillari* 2. 16. « *Extraneo vero vel filio puberi herede instituto ita substituere nemo potest, ut, si heres exstiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres; sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget, alii hereditatem eius vel totam vel pro parte restituere...* ».

(3) Ciò non corrisponde all'opinione dominante (cfr. Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XL p. 382, Puchta § 476 *g*). Ma è la conseguenza necessaria

alla volontà del testatore deve tenersi ferma come legato di questa specie anche la sostituzione diretta, che non può giuridicamente sussistere come sostituzione pupillare o quasi pupillare[3]. Per la sostituzione fatta in un testamento militare non occorreva secondo il diritto romano una tale conversione, essa operava come istituzione d'erede[4]; oggidì ciò non vige più[5].

3. La diseredazione.

§ 562.

La diseredazione[1], l'espressa dichiarazione che alcuno non debba essere erede, di regola non è necessaria per escludere il diseredato dall'eredità; chi non viene istituito

---

di quanto superiormente (§ 554 nota 19, § 555 nota 1) si è detto sulla disciplina della condizione e del termine risolutivi. Arroge, che secondo la l. 78 [76] D. *ad SC. Treb.* 36. 1 una sostituzione deve tenersi ferma come fedecommesso anche di fronte a difetti di forma; l'affermazione di Fein, *Cont. di Glück* XLV p. 212 sg., che la decisione di questo passo abbia la sua base nel supposto, che il testatore abbia voluto costituire un fidecommesso (a ciò riesce la spiegazione di Fein), mi pare senza consistenza (sopra altre spiegazioni v. *ib.* not. 39, anche Holzschuher II § 163 Nr. 12). Una obiezione potrebbe desumersi soltanto dalla l. 8 C. *h. t.*, nella quale la sostituzione eccedente l'età impubere è mantenuta, a quanto pare, come fedecommesso soltanto in base al privilegio militare, però v. nota 4. E v. pure C. 1 *de test.* in VI° 3. 11 : — « *quamquam directa (sc. substitutio) interdum ad fideicommissum ex causa trahatur* » (le quali parole sono dette in opposizione ad una sostituzione pupillare valida). Secondo l'opinione qui sostenuta è deciso in Seuff., *Arch.* III. 345.

(4) L. 45 D. *h. t.*, l. 41 § 4 D. *de test. mil.* 29. 1, l. 6 C. *eod.* 6. 21, l. 41 pr. D. *eod.* 29. 1. Non è da negare, che la l. 8 C. *h. t.* dia efficacia ad una sostituzione eccedente l'età pubere non direttamente, sibbene per via di fedecommesso; ma in presenza delle summmenzionate attestazioni delle fonti non può riscontrarsi in questo passo, collegato con l'insieme della compilazione, il senso, che debba escludersi l'efficacia diretta. Di div. op. Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XLII p. 109 sg. (cfr. § 554 nota 20). — Huschke, *La multa ed il sacramentum* p. 336 sg. ritiene la efficacia diretta anche per la *substitutio poenae nomine facta* in base alla l. un. C. *de his quae poenae* 6. 41.

(5) Legge militare dell'impero 2 maggio 1874 § 44 (cfr. § 537 nota 4a).

§ 562. (1) *Exheredatio.*

erede è escluso dall'eredità appunto per ciò, che egli non è istituito[2]. La diseredazione è indispensabile soltanto per certi eredi necessari; essi non sono validamente esclusi, se non sono espressamente esclusi[3]. Se in un testamento la medesima persona è ad un tempo istituita erede e diseredata, la volontà effettiva del testatore si deve determinare per via di interpretazione, e quindi di regola alla disposizione posteriore sarà data la preferenza sull'anteriore[4]. Una diseredazione che abroga l'istituzione d'erede, sta anche in ciò che invece dell'istituito venga istituito erede un altro, semplicemente o per un certo caso[5].

---

(2) L. 132 pr. i. f. D. *de V. O.*: — « *exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas* ».

(3) A ciò si riferiscono specialmente i titoli delle Istituzioni (2. 13), delle Pandette (28. 2), e del Codice (6. 28. 29), che trattano della diseredazione. V. nel resto il diritto degli eredi necessari.

(4) Pel diritto romano ciò non è indubitato. Indubitato è soltanto, che se un istituito *cum cretione* era diseredato pel caso di non effettuata *cretio*, egli con tale omissione perdeva il diritto all'acquisto della eredità (Gai. II. 165. 166, Ulp. XXII. 27. 30), e dalla l. 45 [44] D. *de her. inst.* 28. 5 risulta che in genere nella diseredazione per il caso dell'inadempimento d'un onere imposto alla istituzione d'erede si ravvisava una revoca efficace dell'istituzione d'erede. Cfr. pure l. 72 D. *de A. v. O. H.* 29. 2 (§ 598 nota 3). Invece è controverso, se anche di fronte alla semplice istituzione d'erede sia stata attribuita forza ad una posteriore diseredazione. Cfr. da una parte Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXVI p. 393 sg., che è contrario, dall'altra Arndts, *Diz. G.* III p. 885 887 e Kohler, *Riv. di Grünhut* VII p. 721 sg., che sono in favore. I passi che qui hanno importanza sono: l. 17 § 2 D. *de test. mil.* 29. 1, l. 13 § 1 D. *de lib. et post.* 28. 2, l. 1 § 4 D. *de his quae in test.* 28. 4, l. 68 [67] D. *de her. inst.* 28. 5 (cfr. colla l. 27 § 1 D. *eod.*), l. 21 D. *de lib. et post.* 28. 2. Ad ogni modo, seppure il diritto romano in un tal caso ha deciso per l'istituzione d'erede, ciò dipende soltanto dal grande peso, che pel concetto romano aveva la nomina ad *heres* e quindi questa decisione pel diritto odierno può mettersi da banda alla stessa maniera, come la decisione, che l'istituzione d'erede condizionale di colui che era prima istituito senza condizione non abroga l'istituzione incondizionata (§ 554 nota 15). Cfr. pure Seuff., *Arch.* XI. 65. *Decis. del Trib. dell'Imp.* XV p. 165 [(= Seuff., *Arch.* XLII. 41)].

(5) Così in ogni caso secondo il diritto odierno, giusta quanto s'è detto alla chiusa della precedente nota. Quanto al diritto romano, v. Gai. II. 177, Ulp. XXII. 34.

E. *Invalidità ed inefficacia del testamento* *.

1. In genere.

§ 563.

Come cause di non validità d'un testamento[1] si desumono da quanto è detto in precedenza: 1) il difetto di capacità del testatore (§ 539); 2) il difetto di forma nella confezione (§ 540-545); 3) il difetto d'una valida istituzione d'erede (§ 538 nota 5, § 546-549). Come ulteriore causa di invalidità[2] è qui da aggiungere 4) la preterizione d'un erede necessario, della quale si tratterà più minutamente in una sezione speciale (§ 575 sg.)[3].

(*) Inst. 2, 17 *quibus modis testamenta infirmantur*. Dig. 28. 3 *de iniusto rupto irrito facto testamento* — Mayer § 30-33. Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXVIII p. 118-487, XXXIX p. 1-115. Heimbach nel *Diz. G.* X p. 922 sg. Sintenis III § 179. 180, Vangerow II § 457-460, Unger § 22-25.

§ 563. (1) Le fonti usano per designare la invalidità del testamento le espressioni: *testamentum nullum, nullius momenti, irritum, iniustum, non iure factum*. Però queste espressioni in parte propendono a limitarsi a particolari cause di invalidità. Così specialmente l'espressione *testamentum irritum*, v. nota 4. 8, e cfr. § 5 I. *h. t.* (Gai. II. 146). V. pure nota 2.

(2) Cfr. Mühlenbruch XXXVIII p. 126-134. Un testamento non valido per difetto di forma viene specialmente chiamato *testamentum non iure factum* nella l. 1 D. *h. t.* « *Testamentum aut non iure factum dicitur, ubi solemnia iuris defuerunt...* ». V. d'altra parte l. 6 pr. D. *de lege Corn. de falsis* 48. 10: — « *non iure factum testamentum id appellatur, in quo si omnia rite facta essent, iure factum diceretur* », inoltre pr. § 5 I. *h. t.*, ed altri moltissimi passi. — Un testamento la cui forma non è specialmente giunta a compimento, si chiama specialmente *testamentum imperfectum*. L. 6 pr. D. *de lege Corn. de fals.* 48. 10, l. 3 D. *de test. mil.* 29. 1, § 8 [7] I. *h. t.* — L'inosservanza di forme, che non sono legalmente prescritte, ma che il testatore ha imposte a se stesso, è indifferente. Seuff., *Arch.* XXII. 55.

(3) Quando l'erede necessario vien meno prima della morte del testatore, cessa con ciò nuovamente anche la invalidità del testamento, se esso erede aveva soltanto un diritto d'impugnativa, quindi nel diritto nuovissimo sempre (sebbene ciò per fermo sia assai controverso, cfr. § 591). Ma anche per la nullità comminata dal diritto anteriore una parte dei giuristi romani affermava, che si verificasse solamente quando l'erede necessario esistesse ancora all'epoca

Può anche un testamento da principio valido perdere in seguito la sua validità. Ciò avviene:

1) per ciò, che il testatore perda la capacità giuridica necessaria alla istituzione d'erede[4]. Ma se egli prima della sua morte riacquista la capacità, rivive anche il suo testamento[5]; però se la perdita della capacità giuridica ha avuto luogo per sua volontà[6], egli deve, dopo riacquistata la capacità, aver in qualche modo manifestato il suo volere, che il testamento anteriormente fatto debba giuridicamente sussistere[7].

---

della morte del testatore; Giustiniano ha confermata l'opinione opposta. Gai. II. 123, pr. I. *de exh. lib.* 2. 13, l. 8 D. *de lib.* 28. 2. Sulla controversa questione, se per il caso in cui venga meno l'erede necessario, il pretore soccorresse colla *bonorum possessio secundum tabulas*, v. Vangerow II § 473 osserv. Nr. 2 e gli ivi citati, Schröder, *Diritto degli eredi necessari* p. 102 sg.

(4) L. 6 § 5-13 D. *h. t.*, § 4 I. *h. t.*, l. 4 § 5 C. *de haer.* 1. 5. c. 2 § 1 *in VI° de usur.* 3. 5. Cfr. del resto Mühlenbruch XXXIX p. 14 sg., Unger § 23 not. 3. Un testamento diventato invalido in questa maniera si chiama specialmente *testamentum irritum*. Cfr. § 5 I. *h. t.* (Gai. II. 146). — La perdita della capacità di volere e della capacità di esprimere la volontà non rende invalido il testamento anteriormente fatto (l. 6 § 1 l. 20 § 4 D. *qui test.* 28. 1, l. 1 § 9 D. *de B. P. s. t.* 37. 11), nè maggiormente è reso invalido il testamento dalla interdizione a causa di prodigalità (l. 1 § 9 cit., l. 18 pr. D. *qui test.* 28. 1, § 2 I. *quib. non est perm.* 2. 12), per modo che quindi viene qui in considerazione soltanto la parte naturale dell'interdizione, non la giuridica (perdita del *commercium*, § 539 nota 5). Del resto il valore pratico della massima insegnata nel testo è impercettibilmente piccolo, poichè la sua unica sicura ed incontroversa applicazione essa la trova nel diritto odierno soltanto ancora nel caso dell'arrogazione del testatore. V. § 539.

(5) Ma ciò è stato introdotto per la prima volta dal pretore, che, non ostante la nullità di diritto civile del testamento, accordavala *bonorum possessio secundum tabulas*. § 7 [6] I. *h. t.* (Gai. II. 147), l. 1 § 8 l. 11 § 2 D. *de B. P. s. t.* 37. 11, l. 8 § 3 D. *de iure cod.* 29. 7, l. 12 pr. D. *h. t.*

(6) Il qual caso si verifica appunto per l'arrogazione (nota 4 in f.).

(7) L. 11 § 2 D. *de B. P. s. t.* 37. 11. — Ciò che si dice nel testo sotto a questo numero è però per più d'un riguardo controverso. Cfr. Mühlenbruch XXXIX p. 26 sg. (1837), Fabricius, *Origine ed evoluzione della* [Ursprung und Entwickelung der] *Bonorum possessio* p. 136 sg. (1837), v. Löhr, *Magazz. per la GP. e per la legislaz.* IV p. 452 sg. (1844), Leist, *La bonorum possessio* II. 1 p. 270 sg. II. 2 p. 303 sg. (1848) Fein, *Cont. di Glück* XLIV p. 62 seg. XLV p. 302 sg. not. 31 (1851), Köppen, *Ann. per la dogm.* XI p. 222 sg. (1871), Leist, *Cont.*

Il testamento perde inoltre la sua validità:

2) per ciò, che nessuna delle istituzioni d'erede contenute nel testamento giunga ad effetto[8];

---

di Glück serie dei libri 37 e 38 IV p. 174 sg. 246 sg. (1879). Mayer § 50 not. 2. 3, Puchta § 462 f. e *Lez.* corrispondenti, Sintenis III § 179 not. 6, Vangerow II § 458 osserv. I, [Dernburg III § 93 nota 6.] — 1) In ogni caso originariamente la *bonorum possessio* impartita all'erede istituito di fronte ad un erede munito d'un diritto civile di successione *ab intestato* era *sine re*. Gai II § 147-149, l. 12 pr. i. f. D. *h. t.* — 2) L'affermazione, che ciò si sia mutato col rescritto di Marco Aurelio menzionato da Gaio II § 120 (v. Löhr, Mühlenbruch), è infondata; questo rescritto accordava all'erede istituito una *doli exceptio* contro gli eredi *ab intestato* civili soltanto nel caso di invalidità del testamento per difetto di forma. — 3) Invece è assai dubbio, se anche i compilatori abbiano voluto ancora mantenere la preferenza degli eredi *ab intestato*. IN CONTRARIO sta il § 7 [6] I. *h. t.*, nel qual passo essi hanno riprodotto il § 147 del secondo libro di Gaio, senza preoccuparsi punto del § 148 e § 149; in contrario stanno inoltre l. 1 § 8 D. *de B. P. s. t.* 37. 11, l. 11 § 2 *eod.*, l. 8 § 3 D. *de iure cod.* 29. 7, nei quali passi tutti la massima della convalidazione del *testamentum irritum* è presentata come illimitata (sulla l. 11 § 2 cit. v. Num. 4); A FAVORE sta soltanto la l. 12 pr. i. f. *h. t.* vv. « *Idem et circa iniustum et irritum testamentum erit dicendum*, SI BONORUM POSSESSIO DATA FUERIT EI QUI REM AB INTESTATO AUFERRE POSSIT ». Ma di fronte ai testè menzionati passi pare difficile scorgere in queste parole la vera e propria intenzione dei compilatori, ed io ritengo non troppo ardita la congettura, che queste parole non siano state cancellate per pura svista. Di div. op. per fermo Fabricius, Fein, Mayer, Vangerow, anche Leist nello scritto sulla *B. P.*, diversamente nella *Cont. di Glück*. Contro la spiegazione, che Mühlenbruch p. 29 sg. dà delle parole in questione, v. Fein op. cit. p. 63 not. 70. Puchta vuol ripiegare emendando il testo. — 4) Ciò che s'è detto nel testo relativamente all'arrogazione si desume dalla l. 11 § 2 D. *de B. P. s. t.* 37. 11. Mi pare perfettamente sicuro, che, come anche Fabricius, Mayer e Leist nella *Cont. di Gluck* (diversamente nello scritto sulla *B. P.*) ritengono, in questo passo si attribuisca semplicemente alla posteriore conferma del testamento il valore d'eliminare l'argomento, che contro la validità del testamento potrebbe desumersi da che il testatore, col farsi arrogare, lo abbia revocato (« *voluntas, quae defecerat, iudicio recenti rediisse videtur* »). Che in questo caso non si frappongano eredi civili *ab intestato*, l'autore del frammento lo presuppone. Invece Leist (nello scritto sulla *B. P.*), Fein e Vangerow sono d'opinione, che sia appunto la eliminazione degli eredi *ab intestato*, che Papiniano deduce dalla convalidazione, e così Fein e Vangerow giungono logicamente alla massima, che la convalidazione escluda gli eredi *ab intestato* in genere, non solamente nel caso dell'arrogazione [Dernburg l. c. afferma, che il requisito della conferma da parte dell'arrogato divenuto indipendente mal si comporti (*wenig passe*) col diritto giustinianeo e non sia quindi da mantenere pel diritto vigente.] — 5) Leist, *B. P.* p. 271 deduce, senza

3) per la nascita d'un erede necessario preterito nel testamento[9];

4) per mutamento della volontà del testatore. Di ciò si tratterà più particolarmente nel seguente §[10].

La invalidità del testamento, originaria o successiva, può essere, come quella d'ogni negozio giuridico, o nullità od impugnabilità. Esempi d'impugnabilità si sono presentati

---

fondamento, da Gai II. 147 la massima, che soltanto in caso di *capitis diminutio minima* si concedesse la *bonorum possessio;* diversamente *Cont. di Glück* p. 181. — 6) Non ha qui nulla che fare la l. 6 § 12 D. *h. t.*, passo fatto valere da Mühlenbruch p. 27; essa non parla di semplice riacquisto della capacità giuridica, ma di cessazione della sua perdita (*in integrum restitutio* contro la pena, in conseguenza della quale essa ha avuto luogo).

(8) Cioè, che in forza di nessuna delle istituzioni d'erede contenute nel testamento venga effettivamente acquistata l'eredità; coll'inefficacia delle istituzioni d'erede il residuo contenuto del testamento diventa invalido. § 2 I. *h. t.*, l. 9 D. *de test.* 26. 2, l. 12 § 5 D. *de bon. lib.* 38. 2 l. 181 D. *de R. I.* 50. 17. Appartiene a questo punto anche il caso, in cui l'istituzione d'erede successivamente diventa invalida (l'istituto perde la capacità d'istituzione). — Un tale testamento si chiama specialmente *testamentum* DESTITUTUM (§ 7 I. *de her. quae ab int.* 3. 1) o *desertum*, od anche *irritum* (l. 1 D. *h. t.*). — Su e contro l'opinione, che secondo la Nov. 1 c. 2 il testamento non diventi più caduco per la rinuncia dell'erede o degli eredi istituiti se in esso si contengono legati (o manomissioni), che anzi in questo caso ogni legatario possa acquistare l'eredità contro cauzione per l'adempimento delle disposizioni stabilite nel testamento (così fra i più recenti) v. Löhr, *Arch. per la prat. civ.* V p. 385 sg., v. pure G. T. Heimbach, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* XIII p. 369), v. Francke, *Contributi* p. 148 sg., Mühlenbruch XXXIX p. 54 sg., Vangerow II § 459 osserv.

(9) Un testamento diventato invalido in questa maniera si chiama specialmente *testamentum ruptum*, § 1 I. *h. t.*, l. 3 pr. § 3 D. *h. t.* Se l'erede necessario vien meno nuovamente prima della morte di chi lascia l'eredità, vige in vero nel resto quanto si è detto nella nota 3; soltanto è da osservare, che nel diritto anteriore il pretore qui incontestatamente soccorreva colla *bonorum possessio secundum tabulas*, ad eccezione del caso però, in cui nel testamento erano diseredati *liberi*. L. 12 pr. D. *h. t.*, l. 13 D. *de doli exc.* 44. 4. Cfr. Vangerow II. § 473 osserv. Num. 2 in pr., Leist, *Continuaz. di Glück* serie dei libri 37 e 38 IV p. 239 sg.

(10) Anche il testamento diventato invalido per mutamento di volontà si chiama nelle fonti specialmente *testamentum ruptum*. § 2 I. *h. t.*, l. 1 D. *h. t.* L'espressione *testamentum irritum* per un tale testamento si trova nel § 8 [7] I. *h. t.*, e nelle l. 4 D. *de his quae in test.* 28. 4, l. 15 § 1 i. f. D. *de test. mil.* 29. 1.

nel § 548 Num. 1 e 2; essa trova la sua applicazione principale nel diritto degli eredi necessarii.

Sul valore del riconoscimento della validità d'un testamento non valido, o della invalidità d'uno valido v. § 566.

2. In particolare della revoca del testamento*.

§ 564.

Il testamento è liberamente revocabile[1]. Neppure coll'espressa dichiarazione, che una revoca futura debba essere inefficace[2], il testatore perde il diritto di revoca[3]; e neppure con un contratto di tale contenuto concluso coll'erede istituito[4]. Però un tale contratto secondo il diritto odierno opera come contratto ereditario[5].

Quanto alla forma della revoca essa può:

1) essere dichiarata col fare nuovo testamento. Di ciò più minutamente nel seguente §.

2) Una revoca dichiarata in altra maniera estingue il testamento[6] *a*) come revoca verbale solo quando[6a] è

(*) Mühlenbruch XXXVIII p. 168-487, Sintenis III p. 458-468, Vangerow II § 460, Unger § 24.

§ 564. (1) « *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* », l. 4 D. *de adim.* 34. 4, cfr. l. 32 § 3 D. *de don i. v. et u.* 24. 1. L. 6 C. *qui test.* 6. 22, l. 19 C. *de test.* 6. 23.

(2) C. d. clausola derogatoria.

(3) L. 22 pr. D. *de leg.* III° 32: — « *nemo... eam sibi potest legem dicere, ut a priore (sc. voluntate) ei recedere non liceat* ». Cfr. anche l. 6 § 2 D. *de iure cod.* 29. 7, l. 88 pr. D. *de leg.* II° 31. Mühlenbruch p. 169-208, Sintenis § 179 nota.

(4) Cfr. l. 52 § 9 D. *pro soc.* 17. 2, l. 61 D. *de V. O.* 45. 1, l. 15 C. *de pact.* 2. 3.

(5) Per via di un tale contratto il contenuto del testamento vien ripetuto e portato a vigore contrattuale. Però le opinioni sulla validità e sulla natura di un tale contratto sono divise. Cfr. Mühlenbruch XXXVIII p. 239 sg., Beseler *Contratti ereditari* II. 1 p. 314 sg., Buchka, *Riv. pel dir. tedesco* XII p. 215 sg., Hartmann, *Contratti ereditari* p. 47. 116 sg. Cfr. Seuff., *Arch.* XXIII. 121. 197.

(6) E rispettivamente la singola istituzione di erede.

(6*a*) Astrazione fatta dal soldato, secondo il diritto romano, l. 15 § 1 D. *de test.*

dichiarata innanzi a tre testimoni od a protocollo giudiziale, ed inoltre sono trascorsi dieci anni dalla confezione d'un testamento[7]. Può invece *b*) un testamento scritto essere efficacemente revocato anche colla volontaria distruzione del documento testamentario, o dei segni esteriori delle sue solennità, o del suo contenuto[8].

---

mil. 29. 1. V. però la legge militare dell'Impero del 2 maggio 1874 § 44 e di sopra § 537 nota 4*a*. — Se però la revoca non distrugge il testamento, non perciò essa è priva di ogni valore. Cfr. § 673 nota 1.

(7) L. 27 C. *de test.* 6. 23. Secondo il diritto sussistente prima di questa disposizione di Giustiniano il testamento perdeva la sua validità per il semplice decorso di dieci anni l. 6 C. Th. *de test.* 4. 4. Mühlenbruch XXXVIII p. 267-291. V. pure § 8 [7] I. *h. t.* l. 27 § 1 D. *de cond. inst.* 28. 7, l. 36 § 3 D. *de test. mil.* 29. 1, l. 22 D. *de adim.* 34. 4. l. C. *de his quib. ut ind.* 6. 35. Di fronte a questi passi diventa necessario, o non riferire la l. 4 § 10 D. *de doli exc.* 44. 4 (— « *heres qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur* ») alla revoca del testamento (cfr. § 548 nota 2. 13 sg.), o riferirla alla revoca mediante distruzione dell'atto testamentario ecc. (nota 8), e similmente riferire la l. 1 § 8 D. *si tabulae test. nullae* 38. 6 (w. « *vel... alia ratione voluntatem testator mutavit* ») ad una revoca mediante altri atti della specie indicata nel passo. Questa è l'opinione oggidì dominante, mentre anteriormente non era senza fautori la opinione, che ogni espressa revoca del testamento dia base all'*exceptio doli* contro l'erede istituito. Cfr. Mühlenbruch XXXVIII p. 251 sg. 322 sg., Sintenis § 179 not. 35, Vangerow § 460 osserv. Nr. IV, Leist, *Cont. di Glück* serie dei libri 37 e 38 IV p. 221. 235 sg., Seuff., *Arch.* XXV. 9. *Sent. del Trib. dell'Imp.* XIV p. 185. La decisione della l. 11 § 2 D. *de B. P. s. t.* 37. 11, che attribuisce all'entrare nella patria potestà il valore d'una revoca (§ 563 nota 7 Num. 4), si spiega con ciò, che qui il testamento vien tenuto fermo senz'altro soltanto contro il rigore del diritto. V. attualmente del resto anche l'articolo di P. Krüger nei suoi *Saggi critici* p. 1 sg., in contrario Leist Op. cit. p. 209 sg. 228 sg. 265. 266 sg., contro di questo nuovamente Krüger, *Riv. della fond. di Sav.* I p. 52 sg. [Dernburg III § 94 nota 2].

(8) L. 1 § 8 D. *si tabulae test. nullae* 38. 6. « *Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit voluitque intestato decedere, dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt* ». L. 1 § 10 D. *de B. P. s. t.* 37. 11. « *Si linum, quo ligatae sunt tabulae, incisum sit... non videntur signatae, et ideo bonorum possessio peti non potest* ». L. 30 C. *de test.* 6. 23. Della distruzione del contenuto (col cancellarlo o col renderlo illeggibile) tratta pure la l. 2 D. *de his quae in test.* 28. 4. Anche singole disposizioni possono in questa maniera venir revocate. V. in genere il titolo dei Digesti 28. 4 *de his quae in testamento delentur vel inducuntur vel inscribuntur*, anche l. 2

§ 565.

Un nuovo testamento fatto dal testatore abroga il testamento anteriormente fatto secondo il principio dell'esclusività della vocazione testamentaria, per la sua esistenza, non per il suo contenuto[1]. Esso quindi non solo distrugge il testamento anteriore senza espressa revoca, ma non ostante l'espressa conferma; se non che in quest'ultimo caso il contenuto dell'anteriore testamento è tenuto fermo come legato[2]. Esso distrugge inoltre il testamento anteriore, sebbene esso

---

§ 7 l. 8 § 3 D. *de B. P. s. t.* 37. 11 e cfr. pure § 673 nota 1. Cfr. Mühlenbruch XXXIX p. 79 sg. P. Krüger ll. citt. (nota 7), Leist, *Cont. di Glück* serie dei libri 37 e 38 IV p. 200 sg., 260 sg., Schirmer, *Riv. della fond. Sav.* VII fascicolo 1 p. 1 sg., Krüger, *Ib.* fascicolo 2 p. 91 sg. [Schirmer, *Ib.* VIII p. 99 sg., Krüger, *Ib.* VIII p. 109 sg. (la controversia dibattuta fra Schirmer e Krüger negli ultimi quattro articoli si riferisce alla questione se la distruzione del testamento lo abrogasse *iure civili* oppure *iure praetoris*)]. Una distruzione, che non è l'espressione della volontà di revoca, non ha alcun valore giuridico, l. 1 pr. — § 3 D. tit. cit. 28. 4, l. 20 D. *de iniusto* 28. 3, l. 1 § 3. 10. 11 D. *de B. P. s. t.* 37. 11, l. 30 C. *de test.* 6. 23. Che la volontaria distruzione dell'uno dei più esemplari, nei quali il testamento è stato fatto, sia espressione della volontà di revoca, deve essere provato dagli eredi *ab intestato*. L. 4 D. tit. cit. 28. 4. Seuff., *Arch.* IX. 185, XXXVIII. 202. *Sent. del Trib. dell'Imp.* XIV p. 184 sg. — La distruzione del documento probatorio redatto rispetto a un testamento orale non è adeguata espressione della volontà di revoca, perchè il documento non rappresenta il testamento. Cfr. Mühlenbruch XXXIX p. 99 sg., Sintenis § 179 not. 33. Diversamente Seuff., *Arch.* I. 96. — Nè maggiormente è adeguata espressione della volontà di revoca il ritiro del testamento fatto giudizialmente dalla custodia giudiziale, perchè la custodia giudiziale non è per nulla essenziale alla forma del testamento giudiziale (§ 545 nota 4) *Quid* però se il tribunale ad un tempo ha, su richiesta del testatore, « cassato » il testamento? Seuff., *Arch.* XLI. 24.

§ 565. (1) Cfr. § 537 nota 2. L. 1 D. *h. t.* (28. 3), § 2 I. *h. t.* Cfr. l. 19 pr. D. *de test. mil.* 29. 1. [Dernburg III § 94 nota 8 opina, che il nuovo testamento revochi l'anteriore anche quando non contenga alcuna istituzione d'erede; che allora sieno istituiti gli eredi *ab intestato*.]

(2) L. 12 § 1 D. *h. t.* Anche tacitamente può essere confermato l'anteriore testamento, così specialmente con ciò, che nel nuovo si disponga soltanto sopra una parte dell'eredità; allora si fa luogo allo stesso trattamento. L. 30 [29] D. *ad S. C. Treb.* 36. 1, § 3 I. *h. t.* Cfr. § 552 nota 4. 6. 7, § 553 nota 6. 8.

stesso non giunga ad efficacia [3] o perda la sua validità [4]. Semplicemente si richiede, che esso non fosse invalido fin da principio e che la sua efficacia non fosse esclusa fin da principio [5]. Particolari disposizioni del diritto romano sono: 1) che anche un testamento incompiuto, purchè il suo contenuto venga confermato dalle dichiarazioni giurate di cinque testimoni, abroga un testamento anteriormente fatto quando in questo sono istituiti estranei, nel testamento incompleto eredi *ab intestato* [6]; 2) che se il testatore ha distrutto il documento del testamento posteriore, per ripristinare l'anteriore, si può in base a questo pretendere l'eredità [7].

Più testamenti fatti allo stesso tempo si hanno come

---

(3) Così se la condizione dell'istituzione d'erede in esso contenuta non si verifica, o se l'erede istituito muore prima del testatore o ricusa l'eredità. § 2 I. *h. t.*, l. 16 D. *h. t.* (cfr. § 554 nota 1, I § 89 nota 2).

(4) L. 3 § 4 D. *h. t.* l. 36 § 4 D. *de test. mil.* 29. 1.

(5) L. 1 D. *h. t.* (— « *rumpitur alio testamento, ex quo heres exsistere poterit* »), l. 2 *eod.*, l. 7 D. *de lib. et post.* 28. 2, l. 16 D. *h. t.* (Istituzione sotto una condizione rivolta al passato od al presente, che non è adempiuta).

(6) Esso stesso sussiste allora come codicillo *ab intestato.* L. 2 D. *h. t.* l. 21 § 5 C. *de test.* 6. 23. L'opinione di Mühlenbruch (XXXVIII p. 364 sg., XLII p. 2 sg.), che esso venga tenuto fermo come testamento, è rimasta quasi senza fautori. V. contro la stessa specialmente Vangerow § 460 osserv. Nr. II. 1, Fein, *Cont. di Glück* XLV p. 237 sg., e cfr. anche Leist, *Cont. di Glück* serie dei libri 37 e 38 IV p. 237 sg. 271 sg. Altre opinioni divergenti sono state proposte: 1) da Pfotenhauer, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* XVI p. 1 sg.: il testamento incompiuto non sarebbe invero tenuto fermo come testamento, chè anzi si farebbe luogo a vocazione *ab intestato,* ma neppure come codicillo, bensì come una particolare dichiarazione d'ultima volontà, che avrebbe la massima somiglianza con un testamento; 2) da Witte, *Diz. G.* p. 671 nota 8 e con una modificazione da Sintenis § 179 nota 38: il testamento incompiuto non sarebbe affatto tenuto fermo, meno che quanto alla sua efficacia revocatoria. V. contro queste opinioni Fein loc. cit. Come Witte attualmente anche P. Krüger, *Saggi critici* p. 30, Brinz 2ª ediz. III p. 99 nota 11. Cfr. pure Bruns, *Libro giuridico assiro-romano* p. 212 sg.

(7) Il pretore in base ad un tal testamento accordava una *bonorum possessio.* L. 11 § 2 i. f. D. *de B. P. s. t.* 37. 11. Cfr. Leist, *Cont. di Glück* serie dei libri 37 e 38 IV p. 210 sg. 265 sg., Krüger, *Riv. della fondaz. Sav.* I p. 57 sg.

uno solo[8], e similmente più testamenti, il cui rapporto di tempo non può stabilirsi, sussistono l'uno accanto all'altro[9].

Affatto divergente è secondo il diritto romano anche in questo punto la disciplina del testamento militare. Il testamento militare secondo il diritto romano non abroga un testamento anteriormente fatto per la sua esistenza, ma solamente in quanto il soldato ha in particolare voluto revocare le disposizioni del testamento anteriore[10]. Oggigiorno ciò non vige più[11].

3. Riconoscimento della validità o invalidità del testamento*.

§ 566.

Se vien riconosciuta la validità d'un testamento invalido, o la invalidità d'un testamento valido, dal chiamato all'eredità pel caso della invalidità o della validità, bisogna distinguere, se il riconoscimento è o no contrattuale.

1. Il riconoscimento contrattuale in genere[1], secondo

(8) L. 1 § 6 *de B. P. s. t.* 37. 11. Cfr. Mühlenbruch XXXVIII p. 480 sg.

(9) Di nessuno dei due testamenti si può accertare che sia stato revocato. Nel risultato sono della stessa opinione Mühlenbruch p. 486, Sintenis § 179 not. 42; di div. op. Vangerow § 460 osserv. Nr. II. 5.

(10) L. 19 pr. D. *de test. mil.* 29. 1: — « *militi licet plura testamenta facere... nec superius per inferius rumpitur...* ». L. 36 § 1 *eod* Mühlenbruch XXXVIII p. 470-471. XLII p. 94-98, Neuner, *La heredis institutio ex re certa* p. 487-488.

(11) Legge militare dell'impero 2 maggio 1874 § 44 Cfr. § 537 nota 4*a*.

(*) Mühlenbruch XXXVIII p. 144 sg. (1835). Francke, *Arch. per la prat. civ.* XIX p. 177 sg. (1836) (v. pure LO ST. nel *Commento sul titolo delle pandette de hereditatis petitione* p. 126 sg.). Bähr, *Riconoscimento* § 51 (1855-1867). Dedekind, *Il riconoscimento di disposizioni d'ultima volontà non valide* [die Anerkennung ungültiger letztwilliger Verfügungen] (1872). (Su questo Hölder, *Riv. crit. trim.* XVI p. 555 sg.) K. Schmidt, *Arch. per la prat. civ.* LVI p. 297 sg. (1873). (Con molte indicazioni di letteratura ed acuta considerazione della pratica, anche della francese). Sintenis III p. 468-471, Vangerow II § 457 osserv., Unger § 22 not. 4, Brinz 2ª ediz. III § 379*a*, [Dernburg III § 96 nº 2], Seuff., *Arch.* XL. 122 (Trib. dell'Imp.).

§ 566 (1) Il riconoscimento contrattuale può anche qui, come in genere, essere

quanto s'è detto nel vol. II § 412*a*, costituisce per chi lo fa rispetto all'altra parte l'obbligazione di lasciar valere contro di sè ciò che s'è riconosciuto, come se fosse efficace. Nel riconoscimento contrattuale della validità o invalidità d'un testamento in particolare è quindi insita una rinuncia all'esperimento del diritto ereditario, che compete a chi fa il riconoscimento per il caso della invalidità o rispettivamente validità del testamento di fronte all'avversario. Ma in esso non si contiene una rinuncia al diritto ereditario puramente e semplicemente; perciò i chiamati in seguito od in concorso di chi fa il riconoscimento, non possono allora altrimenti pretendere a lor volta l'eredità[2]. Ai legatari e creditori dell'eredità il riconoscimento non può venir opposto, ma essi possono bene invocarlo[3]. A causa d'errore

---

semplice o qualificato; qualificato è il riconoscimento dichiarato nella transazione, nel compromesso e nel contratto di giuramento decisorio. V. II § 412*a*. sg. — Lo scritto di Dedekind si limita espressamente al riconoscimento non contrattuale.

(2) Unger loc. cit. Il concepire il riconoscimento come una alienazione della eredità (Vangerow p. 194, Sintenis p. 469, Mühlenbruch XXXVII p. 279-270) non corrisponde all'intenzione delle parti, e non è necessario. Dedekind p. 51 sg. ritiene, che nel riconoscimento (non contrattuale, tanto più quindi nel contrattuale) d'un testamento nullo sia sicuramente insita una rinunzia al diritto ereditario competente a chi lo fa; ma che quelli che vengono dopo chi fa il riconoscimento sarebbero esclusi per ciò, che la rinunzia sarebbe avvenuta soltanto allo scopo di mantenere saldo il testamento. Ma questa strada non conduce alla meta. La rinunzia al diritto ereditario a favore d'una certa persona non può nè dare a questa persona il diritto ereditario nè toglierlo a colui cui compete a norma di legge. Il non conseguire lo scopo della rinunzia non dà base ad alcun'altra facoltà, che a quella della revoca della rinunzia a causa di mancata presupposizione. Le conseguenze dell'idea della rinunzia le trae Brinz loc. cit.

(3) Il riconoscimento non può 1) opporsi *a*) ai legatari, cioè i legatari possono attenersi all'erede testamentario nonostante che egli abbia riconosciuta la invalidità del testamento, cfr. l. 29 § 2 D. *de inoff.* 5. 2, l. 3 pr. D. *de transact.* 2 15; *b*) Non è così sicuro, che il riconoscimento contrattuale non operi neppure di fronte ai creditori dell'eredità, cioè che ai creditori della eredità, ad onta del contratto concluso fra i pretendenti all'eredità, resti impregiudicato il diritto di attenersi a quello di loro, che essi sono in grado di dimostrare essere l'erede effettivo. Però la negativa sarebbe estremamente contraria

può il riconoscimento essere impugnato, ma soltanto a causa d'errore scusabile[4].

2. Il riconoscimento non contrattuale ha: *a*) la forza probante d'una confessione stragiudiziale[5]; *b*) se esso ha luogo con cognizione della invalidità o rispettivamente della validità del testamento, può venire in considerazione come rifiuto dell'eredità devoluta a chi fa il riconoscimento[6].

---

all'equità, e non occorre riferire la l. 14 D. *de transact.* 2. 15 ad un obbligo dei creditori. Di div. op. Wetzell, *Proc. civ.* § 47 nota 33, e v. anche questa nota in f. — 2) Che al riconoscimento possano richiamarsi i creditori dell'eredità, lo dice la l. 14 D. *de transact.* 2. 15. La illazione ai legatari è senza difficoltà. Quando l'erede testamentario non venga riconosciuto come erede senz'altro, ma l'eredità sia divisa fra lui e l'erede *ab intestato* in via di transazione, resta impregiudicato ai legatari, se essi vogliono aver l'intiero pagamento dei legati, il dimostrare di fronte all'erede testamentario la validità del testamento; contro l'erede *ab intestato* essi non hanno alcuna ragione. — Relativamente alle questioni qui trattate sono svolte opinioni divergenti da Mühlenbruch, Sintenis, Vangerow ll. citt., i quali specialmente non pongono a base la distinzione fra l'effetto negativo e il positivo del riconoscimento (della transazione), nè la distinzione fra creditori e legatari, ma la distinzione fra nullità ed impugnabilità del testamento, e muovendo da questa distinzione si sforzano di « conciliare » le ll. 3 e 14 D. *de transact.* Cfr. pure Dedekind pag. 57 nota 19.

(4) V. § 412*a* nota 8.

(5) V. § 412*a* in pr. Bähr loc. cit. nota 6, Dedekind p. 21 sg.

(6) L. 5 pr. D. *de his quae ut ind.* 34. 9, l. 43 D. *de H. P.* 5. 3; l. 8 D. *eod.*, l. 3 D. *de lege Corn. de fals.* 48. 10, l. 4. 8 C. *de I. et. F. I.* 1. 18. l. 4 [3]. C. *ad leg. Corn. de fals.* 9. 22. In questo caso deve provarsi, di fronte a chi ha fatto il riconoscimento, la scienza della non verità di quanto fu riconosciuto, non da lui l'ignoranza; nè maggiormente è richiesta la scusabilità dell'errore. Francke p. 187 sg. Bähr p. 213 (1ª ediz. p. 195) sg., Dedekind p. 12 sg. (che del resto non fa restare escluso chi ha fatto il riconoscimento già solo per la sua scienza ma soltanto nel caso d'una particolare leggerezza, che gli stia a carico). Un più esteso valore attribuisce il diritto romano al riconoscimento degli eredi necessari aventi diritto alla legittima, v. al riguardo § 585 nota 3.

—

F. *Apertura ed esecuzione del testamento.*

§ 567.

Disposizioni sull'apertura del testamento, dalla cui osservanza dipenda la validità del testamento, non ve ne sono per diritto comune, ed in ispecie l'apertura giudiziale non è condizione della validità del testamento. Però l'apertura giudiziale è usuale pei testamenti ricevuti giudizialmente e rimasti in custodia giudiziale, e può anche in altri casi verificarsi dietro ordine del testatore, o su richiesta degli interessati, o se particolari circostanze rendono necessario un intervento d'ufficio[1]. — Alla presentazione del documento testamentario a scopo d'apertura, come pure al permesso di prenderne visione e copia, ogni interessato ha una ragione esperibile in via d'azione contro prestazione, a richiesta, del giuramento di calunnia[2].

---

(1) Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XLIII p. 375 sg., Sintenis III p. 473 sg., Unger, *La ventilazione ereditaria in Austria* [die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich] p. 20-21. Anche secondo il diritto romano l'apertura giudiziale, sebbene nelle fonti presupposta come la forma regolare d'apertura (Dig. 29. 3 C. 6. 32 *testamenta quemadmodum* [*quemadmodum testamenta*] *aperiantur, inspiciantur et describantur*, l. 3 § 9 D. *de tab. exh.* 43. 5, l. 18. 23 C. *de test.* 6. 23, Paul. *sentent.* IV. 6, cfr. Bruns, *Fontes iuris* p. 153 [ed. 4 p. 234, ed. 6 I p. 280 sq.]) non era necessaria alla validità del testamento (l. 10 § 1 D. *test. quemadm.* 29. 3, l. 2 § 7 *eod.*, l. 4 *eod.* [vv. *cum* AB INITIO *aperiendae sint tabulae*], l. 4 § 3 l. 5 D. *fam. erc.* 10. 2 cfr. con Paul. *sentent.* IV. 6 § 1, l. 5 D. *de tab. exh.* 43. 5). Cfr. in genere Mühlenbruch p. 370 sg., Bachofen, *Teorie scelte* p. 356 sg., inoltre Savigny *Scritti vari* III p. 122 sg. (la prima volta negli *Atti dell'Accademia delle scienze di Berlino* 1818, p. 67 sg. della classe storico-filosofica), Spangenberg, *Arch. per la prat. civ.* V p. 158 sg. Prima dell'apertura i testimoni venivano chiamati al riconoscimento dei loro sigilli, l. 4-7 D. *h. t.*, l. 3 § 9 D. *de tab. exh.* 43. 5, Paul. *sentent.* IV. 6 § 1 (cfr. § 541 nota 4), cosa che oggidì in caso d'apertura giudiziale avviene solamente quando esiste un bisogno d'accertamento dell'autenticità del documento testamentario. Mühlenbruch p. 377. Seuff., *Arch.* XXIII. 149.

(2) Dig. 43. 5 Cod. 8. 7 *de tabulis exhibendis*. Demelius, *L'obbligo d'esibizione* [Exhibitionspflicht] p. 231-239. Particolarità: *a*) l'attore, l. 3 § 10. 12. 13. 17 D.

Neppure l'esecuzione del testamento[3] secondo il diritto comune, astraendo da casi eccezionali, è oggetto di provvedimenti dell'autorità[4-5]. Invece il testatore stesso può nel suo testamento nominare un esecutore delle sue disposizioni[6]. La

---

h. t., l. un. C. *h. t.*, l. 3 § 5 D. *h. t.*, cfr. l. 1 pr. § 1 l. 2 pr. D. *test. quemadm.* 29. 3; *b)* il convenuto, l. 3 § 2. 3. 6 l. 4 l. 1 § 11 — l. 3 D. *h. t.*; *c)* il giuramento di calunnia, l. 3 C. *quemadm. test.* 6. 32; *d)* visione e copiatura, l. 3 C. cit., l. 1 pr. l. 2 § 4-8 D. *test. quemadm.* 29. 3; *e)* condanna secondo il diritto romano all'interesse dell'attore (l. 3 § 11 sqq. D. *h. t.*), secondo il diritto odierno naturalmente in prima linea alla presentazione stessa; *f)* gli stessi principii vigono per altre disposizioni d'ultima volontà, l. 1 § 2 D. *h. t.*

(3) Rosshirt nella sua *Riv. pel diritto civile e criminale* I p. 217 sg. (1831). S. Scholz, *Sul terzo esecutore testamentario* [der Dritte über Testaments Vollzieher] (1841). Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XLIII p. 390 sg. (1843). Beseler, *Riv. pel D. tedesco* IX p. 144 sg. (1845). Elvers, *Arch. per la G. P. prat.* IV p. 134 sg. (1857). Hinschius, *Rivista pruss. per l'avvocatura* annata 1866 p. 753 sg. 771 sg. 785 sg. *Riv. per la legisl. e l'amministr. del D. in Prussia* annata 1867 p. 518 sg. 656 sg. Sturm, *La teoria degli esecutori testamentari secondo il D. com. e pruss.*, *Ann. per la dogm.* XX p. 91 sg. (1882). Rosenthal, *La natura giur. dell'esecuzione del testamento ed in particolare il possesso dell'esecutore testamentario sugli oggetti dell'eredità* [die rechtl. Natur der Testamentsexecution und in Sonderheit der Besitz des Testamentsexecutors an den Nachlassgegenständen] (Diss. inaug. di Breslavia 1883). Sintenis III p. 477-487. Beseler § 148 (3ª ediz. § 143), Stobbe V § 308. 309. [Hartmann, *Discussioni del 21° Congresso dei giuristi tedeschi* I p. 3 sg.]

(4) Come è più o meno comprensivamente organizzata nei diritti particolari v. specialmente Unger, *La ventilazione d'eredità in Austria* (Vienna 1862); inoltre Randa, *L'acquisto dell'eredità secondo il diritto austriaco* (1867) p. 10 sg. Il diritto canonico, cui a questo riguardo non venne attribuito vigore, sottopone l'esecuzione delle disposizioni d'ultima volontà alla sorveglianza dei vescovi. C. 3. 19 X. *de test.* 3. 26 cl. un. *eod.* 3. 6.

(5) Le eccezioni si riferiscono a quei casi, nei quali v'è difetto d'un avente diritto, che possa richiedere l'esecuzione delle disposizioni testamentarie. In particolare: *a)* l. 7 D. *de annuis* 33. 1, l. 50 § 1 D. *de H. P.* 5. 3, l. 44 D. *de manum. test.* 40. 4 (onere nell'interesse del testatore, p. es. erezione di un sepolcro per lui); *b)* l. 28. 45 [46] [*lex rest.*] 48 [49]. C. *de ep. et cler.* 1. 3, Nov. 131 c. 10. 11 (disposizione dell'impiego in uno scopo pio; i vescovi devono vegliare all'esecuzione, cfr. § 549 nota 5). In tali casi si parla d'un esecutore testamentario legale (*executor testamenti legitimus*). Cfr. Beseler p. 176 sg.

(6) L'istituto dell'esecutore testamentario nominato per atto d'ultima volontà si fonda sopra un diritto consuetudinario, che ci fa risalire a più antichi istituti giuridici tedeschi (cfr. Beseler, *Riv.* p. 144 sg., Stobbe § 308). Il diritto romano conosce esecutori di disposizioni testamentarie nominati per atto d'ul-

condizione giuridica d'un tale esecutore nominato per atto d'ultima volontà ha due aspetti. Dall'una parte egli ha sul patrimonio lasciato dal testatore una certa balìa, che deve essere riconosciuta dagli eredi; dall'altra egli sta verso gli eredi in un rapporto di obbligazione. Il contenuto di questo rapporto di obbligazione si determina in generale secondo l'analogia del rapporto di mandato[7]; nei particolari però,

---

tima volontà soltanto nel senso di legatari, che devono restituire ad altri o impiegare in un dato modo ciò che è ad essi lasciato. L. 96 § 3 D. *de leg.* 1°, l. 17 pr. D. *de leg.* II° [31], l. 8 D. *de alim. leg.* 34. 1, l. 88 § 1 D. *de leg.* II° 31, cfr. pure l. 80 [78] § 1 D. *ad SC. Treb.* 36. 1. Effettivi esecutori testamentari si presentano invece nel diritto canonico, c. 17. 19. X. *de test.* 3. 26, cl. un. *de test.* 3. 6 (e già nella Nov. Leonis 68).

(7) Quindi l'esecutore testamentario risponde specialmente anche della negligenza ordinaria. Ma il rapporto dell'esecutore testamentario non è un rapporto di mandato, come molte volte si ritiene (così anche nella sentenza della corte suprema di Baviera 24. 3. 79 in Seuff., *Arch.* XXXIV. 315). Esso non è un rapporto di mandato: 1) perchè il rapporto di mandato è un rapporto contrattuale, ed un contratto non può perfezionarsi colla accettazione della dichiarazione d'ultima volontà d'un defunto (cfr. II § 307 nota 9). Il *mandatum post mortem* delle l. 12 § 17 l. 13 D. *mand.* 17. 1 è un contratto concluso del testatore nel tempo di sua vita e rivolto ad un fatto da compiersi dopo la sua morte, ed il *mandatum divisionis legatorum* della l. 8 D. *de alim. leg.* 34. 1 è in realtà un fedecommesso imposto ad un legato, come risulta da ciò, che vi è (invero risoluta negativamente, ma però) posta la questione, se il mandatario possa tenere per sè la quota del legatario ricusante. Il rapporto giuridico dell'esecutore testamentario non è però rapporto di mandato specialmente 2) per questo, che l'esecutore testamentario ha una potestà che gli eredi sono obbligati a riconoscere. Se quindi si vuol applicare la categoria del mandato per la costruzione del rapporto giuridico dell'esecutore testamentario, si deve per mandato intendere un mandato dichiarato unilateralmente e non revocabile dagli eredi, e con ciò si ha il nome romano e non la cosa romana. Invece sotto i due aspetti qui rilevati la posizione dell'esecutore testamentario nel diritto romano trova un'analogia interamente calzante nella posizione del tutore, e siccome quest'analogia è effettivamente addotta nella succitata Nov. Leonis 68, così prima era molto usuale in Germania il determinare a tale stregua anche nei particolari il rapporto giuridico dell'esecutore testamentario (Beseler, *Riv.* p. 160 sg.). È invero esatto, che il tutore è stabilito nell'interesse pubblico e che egli non è libero nell'assumere l'ufficio, mentre per l'esecutore testamentario dànno norma soltanto gli interessi privati del testatore e nessuno lo costringe all'assunzione della funzione cui è chiamato: ma appunto da ciò segue anche solo, che le conseguenze derivanti da questi due punti si

al pari dell'estensione dei poteri competenti all'esecutore testamentario, secondo la volontà del testatore espressamente dichiarata o da stabilirsi per via di interpretazione[8]. Infine può anche dagli stessi interessati all'eredità nominarsi un esecutore testamentario; per questo vigono i principii contrattuali ordinari[9].

---

debbono lasciare da banda nella particolare elaborazione dell'istituto, ma non che per la sua elaborazione sia da respingere in genere l'analogia della tutela. Per un singolo punto (i rapporti di possesso) cerca di sfruttare questa analogia Hinschius op. cit. annata 1867, cfr. su ciò (e contro ciò) Sturm p. 127, Rosenthal p. 34 sg. Sturm pone a base della costruzione la categoria dell'amministrazione dei beni. Un particolare concetto è sostenuto da Beseler loc. cit. Secondo lui l'esecutore testamentario sarebbe il rappresentante formale del testatore, mentre gli eredi sarebbero i suoi rappresentanti materiali; la rappresentanza del testatore sarebbe divisa fra l'esecutore testamentario e l'erede secondo questi due aspetti. Ma io non credo, che questo nuovo concetto della rappresentanza formale ci faccia fare un passo innanzi. Invero, che l'esecutore testamentario abbia in nome proprio diritti ed obblighi, naturalmente neppure Beseler lo opina; non resta quindi altro se non che l'esecutore testamentario rispetto ad un patrimonio altrui ha una certa posizione giuridica ferma, che non può essere menomata dagli eredi, la quale da una parte non è da giudicare secondo l'analogia della posizione giuridica dell'erede, ma della quale d'altra parte neppure è detto, secondo quale analogia essa sia effettivamente da giudicare. Cfr. anche Unger § 27 not. 7, Gerber § 265 nota 7. Stobbe § 309 Nr. 3, Randa (nota 4) p. 75 sg., Sturm p. 105 sg., e la sentenza del Trib. Sup. d'app. di Rostock del 18 febbraio 1860 in Seuff., *Arch.* XVIII. 89 (Buchka e Budde, *Sentenze* IV p. 280 sg.). Contro Beseler anche Rosenthal p. 14 sg., che per parte sua vede nell'esecutore testamentario il depositario della « potestà volitiva » del testatore « staccata dal suo substrato personale » ed estesa « oltre la morte ».

(8) A questa stregua in ispecie è da decidere la questione se l'esecutore testamentario sia tenuto o rispettivamente abbia diritto anche all'amministrazione, al regolamento, e alla ripartizione dell'asse ereditario. Cfr. in generale Mühlenbruch p. 416 sg., Beseler, *Riv.* p. 186 sg., D. *privato tedesco* p. 676 sg. (4ª ediz.), Sintenis III p. 479 sg., Hinschius op. cit. annata 1866 p. 785 sg. annata 1867 p. 518 sg., Stobbe V p. 270 sg. Seuff., *Arch.* VI. 226, X. 271 Nr. 2, XII. 66, XVIII. 89, XX. 50 Nr. II (posizione rispetto all'eredità in generale); III. 73, XI. 226, XV. 34, XX. 50 Nr. I, XXIV. 249, XXVIII. 37, XXXIX. 222, Budde, *Sentenze del Trib. Sup. d'app. di Rostock* VIII p. 240 sg. (riscossione di crediti); XVIII. 89 (pagamento di debiti); XV. 142, XVIII. 89 (attuazione di legati); VI. 227 (dismessione di diritti); XXIII. 235, XXXIX. 223 (rappresentanza del diritto ereditario testamentario di fronte a terzi). V. pure XII. 48. 66, XIII. 69, XIV. 102, XVI. 62, XX. 145.

(9) C. d. *executor testamenti conventionalis* o *pacticius*. Cfr. l. 3 D. *de alim.*

G. *Testamento congiuntivo e reciproco**.

§ 568.

L'espressione testamento congiuntivo (*gemeinschaftlich* — comune) non è esatta; ciò che si chiama testamento congiuntivo, non è UN testamento, ma una riunione di testamenti di più persone, usualmente di due, nello stesso atto testamentario[1]. Il testamento congiuntivo trova la sua applicazione principale riguardo a' coniugi, ed in modo, che i più testatori si istituiscono reciprocamente eredi (testamento reciproco o scambievole); ma l'affermazione, che il testamento congiuntivo sia valido soltanto sotto queste due presupposizioni, o soltanto sotto l'una o sotto l'altra di

---

leg. 34. 1. — Si parla ben anche di *executores testamenti dativi*, e si intendono con ciò le persone eventualmente incaricate dall'autorità di curare l'esecuzione dell'ultima volontà.

(*) Su questa teoria deve in ispecie consultarsi lo scritto di G. Hartmann, *Sulla teoria dei contratti ereditari e dei testamenti comuni* [zur Lehre von den Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten] p. 85-179 (1860). V. inoltre: Hasse, *Museo renano* III p. 239 sg. 490 sg. (1829). Glück XXXV p. 50 sg. (1832). Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXVIII, p. 214 sg. (1835). Beseler, *La teoria dei contratti ereditari* II. 1 § 13 (1835). Deiters, *De dispositionibus hereditariis simultaneis* (1837). Bolley, *Contributo alla teoria dei testamenti correspettiri dei coniugi* [Beitrag zur Lehre von den correspectiven Testamenten der Eheleute] (1846). Buchka, *Riv. pel diritto tedesco* XII p. 212 sg. (1848). Strippelmann, *Decisioni, ecc.* VI p. 490 sg. (1850). Zimmermann, *Arch. per la GP. prat.* I fascicolo 3 p. 12 sg. (1852). Heimbach nel *Diz. G.* X p. 889 sg. (1858). André, *Magazz. pel diritto Annoverese* IX p. 19 sg. (1859). Göz, *Arch. per la prat. civ.* LIV p. 145 sg. (1871). Heinzerling, *Arch. per la GP. prat. N. S.* X p. 253 sg. 337 sg. (1875). Sintenis III § 178, Unger § 21. 24, Holzschuher II § 156, Beseler § 147 (3ª Ediz. § 142), Stobbe V § 307.

(1) A rigore di termini il testamento congiuntivo è di necessità un testamento scritto. Se più persone fanno oralmente testamento allo stesso tempo, ossia, l'uno immediatamente dopo l'altro, innanzi agli stessi testimoni, i più atti testamentari sono invero contigui nel tempo, ma restano pur sempre cronologicamente separati. § 568.

queste due presupposizioni, non è giustificata[2]. Nel caso di reciproca istituzione d'erede i più testatori possono rinunziare contemporaneamente al diritto di revoca; allora non tanto si hanno dei testamenti, quanto contratti ereditari[3]. Se non si è rinunziato alla revoca, può però essere nell'intenzione dei testatori, che i loro testamenti debbano stare in mutua dipendenza fra loro (c. d. testamento corrispettivo), e nel dubbio tale è da ritenere sicuramente la loro volontà[4];

---

(2) La più antica dottrina di diritto comune riconosceva la validità del testamento congiuntivo senza alcuna limitazione, Hartmann p. 110 sg.; nell'epoca moderna però è assai diffusa in ispecie l'opinione, che il testamento comune sia valido solamente come testamento reciproco. Mühlenbruch op. cit. p. 215 sg. not. 74, Puchta § 481 e *Lez.* corrispondenti, Sintenis loc. cit. not. 1, Brinz 1ª ediz. p. 764. 2ª ediz. II p. 65. 66, Holzschuher op. cit. Nr. 1. In contrario Hartmann p. 92 sg., al quale tengono dietro Arndts nella 5ª ediz. § 500 not. 1, Unger loc. cit. not. 2, Göz p. 145 sg., Heinzerling p. 256. 258, Stobbe § 307 nota 2. Contro la validità del testamento congiuntivo si è *ab antiquo* precipuamente fatto valere il difetto di unità dell'atto di confezione (§ 541 nota 7), ed effettivamente non si può negare, che per il primo fatto fra i due testamenti questo requisito non è pienamente osservato; sebbene entrambi i testatori sottoscrivano contemporaneamente, o scrivendo di mano propria il contesto suppliscano la loro sottoscrizione (§ 541 nota 5), si insinua pur sempre fra la dichiarazione testamentaria del primo e la sottoscrizione dei testimoni la dichiarazione testamentaria del secondo, il che Hartmann p. 94. 95 non considera. Ma anche astraendo da ciò, che questo ostacolo non sussiste pel testamento giudiziale e pel *testamentum parentum inter liberos*, non solo è già di per sè sommamente dubbio, se una interruzione di questa specie possa effettivamente considerarsi nello spirito del diritto romano come una interruzione della *unitas actus* (cfr. § 541 nota 8), ma è dimostrato addirittura il contrario dall'essere stato espressamente riconosciuto un testamento congiuntivo da una costituzione di Valentiniano III dell'anno 446 (*Nov. Valent.* III. tit. XX. 1). V. Hartmann p. 99 sg., anche Schmidt, *Il diritto formale degli eredi necessari* p. 189 nota 86. Seuff., *Arch.* XVI. 123, XXII. 155 (Budde e Schmidt, *Decis. del Trib. Sup. d'app. di Rostock* VI p. 275 sg.), XXIII. 197, XXV. 140, XXXI. 46, [XLII. 308].

(3) V. § 564 nota 5. Hartmann p. 116 sg., Göz p. 155, Heinzerling p. 259 sg. Seuff., *Arch.* VI. 221, IX. 180, XI. 57, XVI. 123.

(4) Tale è l'opinione dominante per il testamento reciproco in genere, od almeno per il testamento reciproco dei coniugi, od almeno per quel testamento reciproco nel quale si dispone insieme del patrimonio comune per il tempo posteriore alla morte dell'ultimo sopravvivente. Hasse p. 269. 245, Glück p. 62 sg., Mühlenbruch p. 227, Puchta § 481, Sintenis § 178

allora l'invalidità dell'un testamento induce quella dell'altro e colla revoca dell'uno anche l'altro perde la sua sussistenza, e lo stesso vale, quando l'uno dei due testamenti perde in altra maniera, specialmente per nascita d'un erede necessario[4a], la sua validità[5]. Se in un tal testa-

---

not. 4, Holzschuher § 156 Nr. 2, Göz p. 157. Di div. op. Hartmann p. 134 sg., (cfr. nota 5), Heinzerling p. 266 sg., Stobbe note 24. 25. Viceversa Brinz è d'opinione, che la correspettività « non sia semplicemente da presumere », che essa sia essenziale ai testamenti congiuntivi. (1ª ediz. p. 765, 2ª ediz. III p. 66). Cfr. Seuff., *Arch.* I. 93, IV. 63, VI. 221, VII. 200, IX. 180, X. 184, XII. 172, XIX. 164, XXXIV. 312 (*Sent. del Trib. Sup. d'app. di Rostock* VIII p. 238), XL. 29 (*Riv. del Mecklenb.* III p. 342 sg.).

(4a) Seuff., *Arch.* XL. 29.

(5) La categoria giuridica, che qui viene in applicazione, non è, come l'opinione dominante ritiene (cfr. Hartmann p. 129 not. 1, similmente Göz loc. cit., Heinzerling loc. cit., Seuff., *Arch.* XIX. 164 in fine), la categoria della condizione, nè quella della condizione sospensiva, nè quella della risolutiva, ma la categoria della presupposizione (§ 556); ciascun testamento è fatto sotto la presupposizione, che l'altro testamento conservi la sua consistenza (o, se esso l'ha perduta, l'acquisti di nuovo). Se quindi vien meno l'un testamento, l'altro non perde direttamente la sua efficacia, ma può essere revocato. Ora pel testatore ciò non è veramente nulla di particolare, perchè egli ha sempre un libero diritto di revoca; ma si atteggia ad un diritto speciale nella persona di colui, che in mancanza di quel testamento sarebbe stato suo erede, e che ora può affermare, che l'istituito ha l'eredità senza la propria volontà del testatore, quindi in maniera ingiustificata (*sine causa*). In proposito però si richiede, che il testatore mentre era vivo non abbia avuta notizia del venir meno dell'altro testamento; poichè se si verifica questo caso, ed egli ciò non ostante non ha mutato il suo testamento, sta in ciò una conferma del suo testamento, che sottrae ai suoi eredi la possibilità di far valere il mancamento della presupposizione (secondo l'analogia di quanto vige per la donazione fra coniugi). — D'opinione del tutto divergente è Hartmann p. 128 sg. Questo scrittore non vuol attribuire al venir meno dell'un testamento alcuna influenza sulla sussistenza dell'altro, ed invero perchè, se si volesse ritenere, che ciascuna istituzione d'erede sia stata fatta dipendere dalla sussistenza dell'altra (nota 4), ognuna di esse sarebbe invalida a causa del divieto delle disposizioni captatorie (§ 548 nota 18). Io ritengo che questa argomentazione non calzi. Il divieto di disposizioni captatorie è rivolto contro la sollecitazione, la caccia alle eredità, od almeno contro il tentativo di fare un affare colle proprie disposizioni d'ultima volontà: di ciò qui non si può parlare. L. [71] 70 D. *de her. inst.* 28. 5. « *Captatorias institutiones non eas senatus improbavit, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis* ». Se Hartmann invece di operare, come egli fa, colla

mento è pure fatta una disposizione sul patrimonio comune per il tempo posteriore alla morte dell'ultimo sopravvivente, la disposizione del predefunto, non ostante il venir meno del testamento del sopravvivente, e fino a concorrenza del patrimonio del predefunto[6], è tenuta ferma indirettamente mediante conversione in un legato d'eredità[7] (*c*).

---

categoria della condizione, avesse operato con quella della presupposizione, non avrebbe punto dubitato che questo passo paia scritto appositamente pel nostro caso. V. anche Nov. Val. III. tit. XX c. 1 § 3: — « *quoniam nec captatorium dici potest, cum duorum fuerit similis affectus, et similis religio testamenta condentium*... » [Dernburg III § 97 nota 2 osserva, che io non ho intrapresa alcuna dimostrazione per la categoria della presupposizione, mentre egli stesso tratta la categoria della condizione come cosa che s'intende di per sè.]

(6) Non si tien ferma la disposizione sul patrimonio proprio del premorto; poichè egli non ha fatto una tale disposizione. Ma si tien ferma appunto la disposizione sul patrimonio comune, fino a concorrenza del patrimonio proprio; poichè anche sul patrimonio proprio dell'erede può disporsi fino a concorrenza di quanto gli è stato elargito. (§ 1 I. *de sing. reb.* 2. 24, l. 114 § 3 i. f. D. *de leg.* I° [30]).

(7) O secondo la regola del § 561 nota 3 o secondo la l. 76 [74] pr. D. *ad SC. Treb.* 36. 1, ove l'onere: ἐντέλλομαί σοι μὴ διατίθεσθαι (qui: tu farai ereditare gli istituiti col tuo testamento, perciò non ti creerai neppure eredi necessari), viene interpetrato come fedecommesso. Ma il legato non va più oltre del patrimonio, che il legante ha elargito all'onerato, e quindi il superstite conserva nel resto libera disposizione. Il contrario è molte volte stato affermato (così fra i moderni da Glück p. 68 sg., Mühlenbruch p. 232 sg., Strippelmann p. 495, Buchka loc. cit., v. pure Stobbe p. 257 sg.), ma non gli si è potuta dar forma logica. Cfr. Hartmann p. 148-169, Göz p. 161 sg., Heinzerling p. 277 sg. Però la pratica è in prevalenza favorevole. Seuff., *Arch.* I. 93. 94, II. 72. 204, IV. 64, VI. 221, IX. 180, X. 184, XI. 57, XV. 140, XVI. 123, XX. 232, XXXII. 326, XLI. 196, Budde, *Sent. del Trib. Sup. d'app. di Rostock* VIII Nr. 67 [(= Seuff., *Arch.* XXIV. 312), *Sent. del Trib. dell'Imp.* VI p. 174 (= Seuff. XXXVII. 340)]; in contrario Seuff., *Arch.* II. 72 seconda metà, cfr. III. 81, [cfr. anche Trib. dell'Imp. 25. 10. 84 in Seuff., *Arch.* XL. 121]. Altri anche per questo caso ritengono che il testamento del predefunto perda retroattivamente la sua efficacia. Così Hasse p. 269-271, Deiters § 9 p. 7 sgg., Zimmermann, p. 28 in f., Puchta § 481, Arndts § 501, Sintenis § 178 not. 6. Göz p. 173 sg. crede viceversa, che in questo caso il testamento non giunga punto ad efficacia, in quanto egli cioè estende la condizione tacita dello stesso (nota 5 in pr.) anche al non mutamento delle disposizioni fatte a favore dei terzi. Heinzerling p. 263. 281 accentua con ragione, che è *quaestio facti* il decidere se il testatore abbia estesa la correspettività anche alle disposizioni fatte a favore di terzi. — Ma *quid* se, come è assai usuale, la disposi-

III. Della vocazione per legge (Successione " ab intestato ")*.

A. *Sua presupposizione.*

§ 569.

La vocazione legale ha luogo se non esiste un testamento, od un testamento valido, od un testamento efficace. La vocazione legale non ha luogo necessariamente subito colla morte dell'ereditando; essa si verifica soltanto più tardi: *a*) se solo dopo la morte si determina la invalidità o

---

zione del testamento reciproco riesce a ciò, che dope la morte del sopravvivente il patrimonio comune debba devolversi in parte ai parenti dell'un testatore, in parte a quelli dell'altro: allora di fronte al venir meno del testamento del sopravvivente debbono gli eredi dello stesso restituire il patrimonio del predefunto ai parenti delle due parti, o soltanto ai parenti del predefunto? La sua volontà dichiarata si riferisce ai parenti da entrambi i lati; ma se si può provare, che egli ha onorato gli eredi del contestatore soltanto perchè questi ha onorati i suoi (il che non è per modo alcuno necessario), anche qui colla categoria della presupposizione si può dar vigore alla propria volontà del testatore; i parenti del contestatore hanno ciò, che si devolve ad essi del patrimonio del predefunto come fedecommesso, senza ragione giustificativa, e devono quindi renderlo a quelli, che lo avrebbero avuto, se essi non fossero stati onorati. — Sono lecite al superstite alienazioni fra vivi? Nel dubbio lo sono sicuramente secondo l'intenzione dei testatori. — [Cfr. pure Seuff., *Arch.* XXVIII. 143. Cfr. anche *Sent. del Trib. dell'Imp.* XXV p. 138].

(*) La più recente elaborazione complessiva della teoria della successione *ab intestato* è quella di Schirmer nel suo manuale del diritto ereditario romano (§ 527 nota *) p. 124-297. Un prospetto ne dà Köppen, *Sistema del diritto ereditario romano odierno in forma di programma* p. 13-30 (1867). [Ora: *Trattato dell'odierno diritto ereditario romano* p. 383-418]. V. inoltre Glück, *Illustrazione ermeneutico-sistematica della teoria della successione ab intestato secondo i principii del diritto romano anteriore e moderno* [Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des alteren und neueren römischen Rechts] (1803, 2ª ediz. 1822). Rosshirt, *Introduzione al diritto ereditario ed esposizione dell'intiero diritto ereditario ab intestato* [Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestaterbrechts] (1831). Arndts Art. *Successione ab intestato* nel *Diz. G.* di Weiske V p. 668-700 (1844), Mayer § 54-84.

l'inefficacia del testamento[1]; *b*) nel caso della c. d. vocazione successiva[2].

B. *La vocazione in sè stessa.*

1. In genere.

§ 570.

La legge chiama alla successione nel patrimonio d'un morto anzitutto i parenti, poi il coniuge[1]. Della vocazione dei parenti si tratterà più partitamente nei § 571 sg.; quanto alla vocazione del coniuge[2], essa presuppone oltre alla mancanza di parenti[3], che il matrimonio abbia giuridicamente sussistito fino alla morte[4]. — In mancanza di

---

§ 569. (1) Dopo la morte dell'ereditando nasce un erede necessario. Gli eredi istituiti non accettano l'eredità. Pr. I. *de her. quae ab int.* 3. 1. « *Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non iure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo* [*si ex eo nemo*] *heres extitit* [*exstiterit*] ». L. 8 C. *comm. de success.* 6. 59. « *Antequam scriptus* [*heres*] *cuiuscunque portionis capax repudiet hereditatem vel alia ratione quaerendae facultatem amittat, ei qui testamentum reliquit intestato nemo succedit. Igitur perspicis, quod testamentariae successionis spe durante intestati bona defuncti non recte vindicentur* ». L. 1 pr. § 8 D. *de suis* 38. 16. L. 39 D. *de A. v. O. H.* 29. 2, l. 89 D. *de R. I.* 50. 17.

(2) V. § 573.

§ 570. (1) Si suol dire: vi sono due cause di successione, la parentela e il matrimonio.

(2) La vocazione del coniuge si fonda tuttora pure secondo il diritto giustinianeo sulla *bonorum possessio*. L. un. D. *unde vir et uxor* 38. 11, l. un. C. *eod.* 6. 18 (« *pro iure antiquo* »), § 7 [6] I. *de B. P.* 3. 9. Seuff., *Arch.* IX. 313.

(3) V. i passi testè citati e cfr. pure l. 9 C. Th. *de leg. her.* 5. 1. Una ragione ereditaria in concorso di parenti il diritto romano la concede soltanto alla vedova povera. V. al riguardo § 574.

(4) L. un. pr. D. cit. Si richiede anche che il matrimonio sussista di fatto (convivenza coniugale) fino alla morte? Lo si afferma a cagione del § 1 della l. un. cit. Schirmer § 13 nota 5. Ma in questo passo non si fa parola d'una semplice cessazione della convivenza coniugale colla intenzione di lasciar continuare a sussistere giuridicamente il matrimonio, bensì d'una separazione coniugale fatta a bella posta, che soltanto a causa d'un ostacolo legale non può produrre lo scioglimento del matrimonio, senza perciò essere sfornita d'ogni effetto giuridico, ed in ispecie senza lasciar continuare a sussistere l'obbligo

parenti e di coniuge, l'eredità, come cosa senza padrone, si devolve al fisco[5]. Precedono però il fisco, se il defunto era ecclesiastico o soldato, la sua chiesa[6] o rispettivamente il suo reggimento[7] e riguardo a ciò che il sovrano ha donato al defunto assieme ad un altro, il condonatario[8].

2. Della vocazione dei parenti in particolare.

a. *Persone chiamate.*

§ 571.

Sul concetto della parentela v. I § 56*a*. Quella parentela, che secondo il diritto Giustinianeo vien sola in considerazione, è la parentela del sangue (cognazione)[1]. Ed invero

---

della coabitazione coniugale. Cfr. l. 11 pr. D. *de divort.* 24. 2. V. in ispecie la sent. del Trib. Sup. d'app. di Rostock 4/8 70 in Budde, *Sentenze, ecc.* VII p. 265-267 (Seuff., *Arch.* XXII. 45). La disposizione romana trova applicazione ai coniugi, che prima della legge dell'impero del 6 febbraio 1875 (§ 77) si sono separati di mensa e di letto.

(5) L. 4 C. *de bon. vac.* 10. 10, l. 96 § 1 D. *de leg.* I° 30, l. 20 § 7 D. *de H. P.* 5. 3, l. 1 pr. l. 2 D. *de succ. ed.* 38. 9. Seuff., *Arch.* VIII. 275.

(6) L. 20 C. *de ep. et cler.* 1. 3, Nov. 131 c. 13, c. 7 C. 12 *quae.* 5. Il primo passo nomina, oltre alla chiesa, anche i conventi: ma i claustrali sono secondo il diritto canonico incapaci di possedere (§ 535 nota 2). Glück p. 759 sg.

(7) L. 6 § 7 D. *de iniusto* 28, 3, l. 4 § 17 D. *de fideic. lib.* 40. 5, l. 2 C. *de her. dec.* 6. 62. Glück p. 755 sg. — Il diritto romano dà un egual privilegio anche alla *curia*, alla *cohors*, al *collegium naviculariorum* ed al *collegium fabricensium*. Tit. Cod. 6. 62 *de hereditatibus decurionum naviculariorum cohortalium militum et fabricensium.* Sull'odierna inapplicabilità di queste disposizioni si è d'accordo. Invece si trova l'affermazione, che secondo la pratica un egual privilegio competa anche all'università, come pure all'istituto pio in cui il defunto è stato curato fino alla sua morte. Glück p. 761 sg. In contrario V. Schröter, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* X p. 95 sg., Sintenis III § 165 not. 5.

(8) Il c. d. *socius liberalitatis imperialis.* L. un. C. *si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit* 10. 14. Egli del resto non è erede, ma legatario legittimo. Però le opinioni qui sono divise. Glück p. 762 sg. Sintenis loc. cit.

§ 571. (1) L'originario diritto romano dava un diritto ereditario soltanto agli agnati. I cognati li chiamò per la prima volta il pretore, però, ad eccezione di certi discendenti, dopo tutti gli agnati. La posteriore legislazione imperiale tolse

i congiunti del sangue sono chiamati senza limitazione ad un determinato numero di gradi[2], mentre l'editto pretorio sicuramente poneva una tale limitazione[3]. — L'adozione[4] non costituisce parentela del sangue, ma essa produce: *a*) se è piena[5], i diritti della parentela del sangue, in quanto essa produce agnazione e per la durata dell'agnazione[6]; *b*) se

---

singoli cognati da questa sfavorevole posizione, e li antepose agli agnati. Questo indirizzo trovò il suo coronamento nella Nov. 118 (dell'anno 543), nella quale si pronunciò in via di principio, che si deve tener conto soltanto della cognazione, non della agnazione (proem. e c. 4). Prospetti storici in Glück p. 169 sg., Arndts p. 669 sg., Vering p. 17 sg. 429 sg. 618 sg. 634 sg., Köppen (*Sistema*) p. 2 sg. 15 sg., Schirmer p. 127 sg., Vangerow II § 406-410. — Si è affermato, che la Nov. 118 chiami non tanto i cognati, quanto piuttosto i discendenti, ascendenti e collaterali come tali (Löbenstern, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* IX p. 25 sg.), o che chiami bensì i cognati, ma che il suo concetto della cognazione non sia quello del diritto anteriore (Schirmer p. 190 not. 157), e se ne è tratta la conseguenza, che la disposizione, secondo cui non è chiamato alcuno che all'epoca della morte dell'ereditando non fosse almeno già concepito (§ 535 nota 5), sia stata abolita totalmente (Löbenstern) o parzialmente (Schirmer, in ispecie per il caso della chiamata successiva) dalla Nov. 118. V. in contrario Büchel, *Controversie nascenti dalla Novella* 118 p. 11 sg., Arndts p. 680, Vangerow II § 411 osserv., Arndts, *Pand.* § 474 not. 4. 6, Brinz 2ª ediz. III p. 128, [Köppen, *Trattato* § 59 nota 1].

(2) Nov. 118 c. 3 § 1.

(3) Esso chiamava i 6 primi gradi e del 7° grado i nipoti per parte di figli di fratelli o sorelle, mentre la successione degli agnati si verificava egualmente senza alcuna limitazione di grado. § 5 I. *de succ. cogn.* 3. 5, l. 1 § 3 l. 9 pr. D. *unde cogn.* 38. 8, l. 4 pr. D. *de grad.* 38. 10.

(4) Cfr. su quanto segue: V. Löhr, *Magazz. per la GP. e la legislaz.* III p. 386 sg. (1819). Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXV p. 166 sg. (1832). Büchel, *Controversie derivanti dalla Nov.* 118 p. 18 sg. (1839). Glück § 157-159, Arndts op. cit. p. 680. 685 689, Schirmer § 11. Vangerow § 412 osserv., Sintenis II § 139 not. 55. [Köppen, *Trattato* § 60].

(5) Una piena adozione (c. d. *adoptio plena*) lo è sempre l'arrogazione; l'adozione nel senso stretto è una adozione piena quando il figlio vien dato in adozione o ad un ascendente del sangue o ad un estraneo dall'avo vivente il padre. L. 10 C. *de adopt.* 8. 47 [48], § 2 I. *eod.* 1. 11. Cfr. II § 524.

(6) L. 23 D. *de adopt.* 1. 7, l. 1 § 4 D. *unde cogn.* 38. 8, l. 4 § 10 l. 5 D. *de grad.* 38. 10, l. 1 § 6 l. 4 D. *si tab. test. nullae* 38. 6, l. 3 D. *unde cogn.* 38. 8, § 11 I. *de her. quae ab int.* 3. 1. Che ciò viga anche pel diritto odierno è opinione dominante. Invece Sintenis III § 139 not. 25, afferma che pel diritto odierno quella estensione della parentela adottiva è venuta meno coll'antiquato concetto della « agnazione »; piuttosto secondo il diritto odierno l'adozione

non è piena, un diritto di successione *ab intestato* (non di successione necessaria) per il figlio adottivo rispetto al padre adottivo[7] (non viceversa); *c*) se l'adozione è fatta da una donna, produce rapporto di figliuolanza fra l'adottato e la madre adottiva con reciproco diritto di succedere[8]. I diritti della parentela del sangue nella famiglia naturale non sono toccati dall'adozione[9]; l'adottato succede quindi ai suoi congiunti del sangue e questi succedono a lui (in concorso coi rispettivi parenti di adozione) come se egli non fosse stato adottato[10]. — I figli illegittimi hanno una

---

produrrebbe soltanto un rapporto di parentela del figlio adottivo col padre adottivo e coi figli ed ulteriori discendenti di lui posti nella sua potestà. Così pure Brinz 2ª ediz. I p. 170. III p. 129 (che nella prima ediz. p. 30. 802. 803 voleva perfino limitare la parentela adottiva al padre adottivo da un lato ed al figlio adottivo ed alla discendenza di lui dall'altro). [Del pari Dernburg III § 30 nota 8, § 135 nº 2]. Arndts, *Pandette* § 425 not. 1 (cfr. *Dizionario giuridico* III p. 686) dichiara giustificato almeno il dubbio, « se all'odierna coscienza giuridica corrisponda una così lata estensione della parentela adottiva ». Giusta l'opinione di Puchta § 445 in fine « secondo lo spirito del diritto moderno » si dovrebbe affermare che la parentela dell'adottato colla famiglia del padre adottivo dura soltanto fino alla morte di quest'ultimo; così anche Köppen, *Programma* § 46 in f. Contro tutto ciò v. Schirmer nota 26, [Köppen, *Trattato* p. 390. 391. Il Trib. dell'Imp. accorda ai discendenti dell'adottato un diritto ereditario verso l'adottante anche quando essi non sono nella patria potestà di lui, pel motivo che secondo il diritto odierno l'adozione produce in prima linea un rapporto di filiazione come tale, e produce la patria potestà, quando nel caso concreto essa è in grado di sorgere, unicamente come conseguenza del rapporto filiale, *Sent.* VI p. 171 (= Seuff., *Arch.* XXXVII 231). Questo non è più applicare il diritto, bensì crearlo].

(7) L. 10 C. *de adopt.* 8. 47 [48], § 2 I. *eod.* 1. 11, § 14 I. *de her. quae ab int.* 3. 1.

(8) L. 5 C. *de adopt.* 8. 47 [48]. Cfr. II § 524 nota 9.

(9) L. 1 § 4 D. *unde cogn.* 38. 9, l. 4 § 10 D. *de grad.* 38. 10, § 3 I. *de succ. cogn.* 3. 5.

(10) Secondo il diritto ulteriore però l'adottato succedeva a suo padre (avo) come FIGLIO (nipote) nella classe *unde liberi* soltanto se il padre adottivo era un ascendente paterno. Gai. III. 31, § 3 I. *de succ. cogn.* 3. 5, § 13 I. *de her. quae ab int.* 3. 1, l. 3 § 7. 8 l. 21 § 1 D. *de B. P. c. t.* 37, 4. Dalla l. 10 C. *de adopt.* 8. 47 [48] ciò (per il caso della *adoptio plena*) non è stato mutato; ma dopo la Nov. 118, che chiama i discendenti cognatizi senza alcuna distinzione, devono succedere al padre nella prima classe anche i discendenti che stanno in adozione. — Però ciò che qui si dice non è generalmente riconosciuto. Si afferma,

madre e una parentela materna, come i legittimi [11] ed invero senza che possa farsi una eccezione [12] per i figli incestuosi [13]

---

che la l. 10 cit. abbia sottratto all'adottato rispetto al padre carnale ogni diritto successorio (Mühlenbruch), od almeno il diritto ereditario di figlio (Büchel), o si nega che dalla Nov. 118 sia stata fatta l'indicata mutazione (così oltre a Mühlenbruch anche V. Löhr, che viceversa dopo la Novella vuole in TUTTI i casi far ereditare il figlio soltanto nella quarta classe). V. in contrario Arndts, Vangerow, Schirmer ll. citt. (l'ultimo note 17. 25 Nr. 1), [Köppen, *Trattato* p. 391-392]. Sul diritto successorio della famiglia naturale rispetto al figlio adottivo v. pure Vangerow loc. cit. in f. Schirmer nota 25 Nr. 2 e gli ivi citati.

(11) L. 2. 4. 8 D. *unde cogn.* 38. 8, l. 4 § 2 D. *de grad.* 38. 10, § 7 I. *de SC. Tert.* 3. 3, § 3 I. *de SC. Orf.* 3. 4. Schirmer § 12 nota 37. Seuff., *Arch.* I. 256, cfr. XXIX. 143.

(12) Cfr. su quanto segue: Glück p. 490. 506. G. Ph. v. Bülow, *Dissertaz.* I Nr. 8 (1817). Spangenberg, *Arch. per la prat. civ.* XII p. 447 sg. (1829). Schirmer p. 225-231. Vangerow II § 413 osserv. 2. [Köppen, *Trattato* § 61].

(13) Secondo il diritto romano v'è al certo una eccezione per gli incestuosi, l. 6 C. *de incest. nupt.* 5. 5, Nov. 12. Ma il diritto romano è stato abrogato dal Cod. pen. [germ.]. Poichè il particolare trattamento degli incestuosi è dal diritto romano, anche per quanto concerne i figli stessi, concepito come pena dell'incesto, e v. II § 326 nota 4 e Cod. pen. § 173. Cfr. § 535 nota 9 lett. *e*. Secondo un'altra opinione, già pel diritto romano non si potrebbe pronunziare una esclusione degli incestuosi dalla eredità materna. Rosshirt, *Introduzione al diritto ereditario* p. 212, Mühlenbruch XXXV p. 158, Fritz nella sua edizione del *Trattato di Wening-Ingenheim* § 433 nota w, Vangerow § 413 osserv. 2, Sintenis III § 162 nota 8, Keller, *Pand.* § 467, Vering p. 648, Schirmer § 12 nota 41, Seuff., *Arch.* I. 257. Ma questa opinione io non la ritengo per fondata. Si è principalmente fatto valere, che la l. 6 cit. sia stata abrogata dalla Nov. 12, che ha comminato alla madre incestuosa la confisca del patrimonio (cfr. § 535 nota 9 lett. *e*). Si sarebbe potuto aggiungere, che la Nov. 12 espressamente dichiara, essere iniquo far vendetta sui figli innocenti del delitto dei genitori, e che essa in conformità a ciò, quanto alle unioni già avvenute prima della Nov. 12, non rifiuta ai figli un diritto ereditario verso i loro genitori (con certe limitazioni). Ma dall'altra parte la legge esclude completamente dal patrimonio dei genitori i figli, che sarebbero nati da una unione incestuosa da contrarsi d'allora in poi (quanto alla madre, v. c. 1 i. f.); se si è detto, che la Novella non li preferisca soltanto al fisco, con ciò certo non si coglie il vero intendimento di Giustiniano — egli prende ai genitori il loro patrimonio e lo dà a coloro, che, secondo la sua opinione, sono meritevoli di averlo, ai nati da matrimonio valido, in mancanza d'essi al fisco. Arroge che Giustiniano non soltanto nelle Nov. 74 c. 6 e Nov. 89 c. 15 esclude gli incestuosi da ogni successione ereditaria nel patrimonio del padre, ma anche nella nov. 139

o adulterini[14-14a]. Invece gli illegittimi non hanno nè un padre nè una parentela paterna[15], ad eccezione dei legittimati[16] e dei generati da un matrimonio putativo[17]. Una pratica assai diffusa accorda un diritto di successione verso

---

(cfr. Nov. 154) tratta la loro incapacità a succedere rispetto ai genitori in genere come diritto vigente. Cf. anche Brinz 1ª ediz. p. 804, Köppen § 5 nota 37 seconda metà. — Se si crede di non poter riconoscere la mutazione che qui si è affermato essere avvenuta per opera del Cod. pen. (germ.), si dovrà ancora osservare quanto segue: *a*) Le leggi romane parlano soltanto d'un MATRIMONIO incestuoso, e non possono estendersi alle unioni sessuali, che non hanno a base l'*intento* matrimoniale. In contrario Glück § 136 e gli ivi citati, Rosshirt, *Introduz. al dir. ereditario, ecc.* p. 213; ma v. v. Bülow e Spangenberg ll. citt., Francke, *Dir. degli eredi necessari* p. 180, Mühlenbruch XXXIX p. 344 sg., Schirmer § 12 nota 42, Holzschuher II § 134 Nr. 2. — *b*) Poichè i figli generati nel matrimonio putativo s'equiparano in genere giuridicamente ai legittimi (nota 17), per ESSI in ogni caso vien meno anche l'incapacità ereditaria verso la madre per causa d'incesto.

(14) Per gli adulterini, già secondo il diritto romano non può riconoscersi una eccezione, mentre sicuramente una opinione almeno anteriormente assai diffusa (cfr. Glück p. 501) li equiparava agli incestuosi. Questa opinione si fondava specialmente sulla espressione della Nov. 89 c. 15: « *Qui ex complexibus aut nefariis aut incestis aut damnatis processerit* » il cui senso effettivo però secondo la Nov. 12 c. 1: « *si quis nuptias illicitas et contrarias naturae* (*quas lex incestas et nefandas et damnatas vocat*) *contraxerit* » non sottostà a dubbio. Contro questa opinione v. v. Bülow e Spangerberg ll. citt., Rosshirt, *Introduzione al diritto ereditario* p. 215, Francke, *Diritto degli eredi necessari* p. 179 nota 20, Mühlenbruch XXXV p. 160, Arndts, *Diz. G.* III p. 684, Köppen § 5 not. 37 in f., Vangerow loc. cit., Holzschuher II § 134 Nr. 2. Però Schirmer op. cit. nota 43 pretende che a favore della estensione della disposizione romana agli adulterini vi sia una pratica di diritto comune.

(14*a*) L'eccezione, che il diritto romano fa rispetto ai figli d'una *mater illustris* (essi non devono ereditare coi legittimi, l. 5 C. *ad SC. Orf.* 6. 57), oggidì non è pratica, perchè noi non abbiamo *illustres* nel senso della classificazione bizantina di ordini sociali. Cfr. Glück p. 521-523, Mühlenbruch XXXV p. 158, Schirmer § 12 not. 38.

(15) V. I § 56*b* nota 4, ed inoltre anche l. 4 D. *unde cogn.* 38. 8, § 5 [4] I. *de succ. cogn.* 3. 5.

(16) II § 522.

(17) V. I § 56*b* nota 5. Ma si richiede la pubblica celebrazione del matrimonio, cioè (secondo il diritto odierno) la precedente pubblicazione, c. 3 § 1 X. *de cland. despons.* 4. 3. Se uno degli sposi non si trova in errore, costui non ha diritto ereditario. Cfr. Glück § 156, Schirmer § 12 p. 213-215, Holzschuher II § 134 Nr. 6.

il genitore, ed invero un diritto di successione figliale, anche ai figli della fidanzata[18]. Sulla ragione d'altri figli illegittimi ad una parte dell'eredità v. § 574 Num. 3.

b. *Ordine della vocazione.*

§ 572.

I parenti sono chiamati secondo le seguenti classi, delle quali sempre la precedente esclude la susseguente.

1. Discendenti[1]. Sono chiamati tutti i discendenti, senza riguardo a patria potestà[2] e a sesso[3], e senza riguardo a

---

(18) Ma si richieggono validi sponsali, e che la celebrazione del matrimonio sia diventata impossibile per la morte d'una delle parti o per l'infondato rifiuto del padre. Cfr. Uihlein, *Arch. per la prat. civ.* XIII p. 121 sg. (1830), Pfeiffer, *Spiegazioni pratiche* VIII p. 401 sg. (1846); Glück § 155, Mayer, I § 81 nota 6 8, Schirmer § 12 p. 215-218; Roth II § 153 nota 24, Stobbe IV § 261. II; Holzschuher II § 134 Nr. 5. Seuff., *Arch.* VIII. 65, XV. 143, XIX. 166, XXVI. 146. Un costante diritto consuetudinario è impugnato dalle decisioni riferite da Heffter, *Riv. pel dir. e per la proc. civ. N. S.* XX p. 256 sg. delle facoltà giuridiche di Berlino, Marburgo ed Heidelberg, inoltre dalle sent. del Trib. Sup. d'app. di Rostock in Seuff., *Arch.* XII. 344 (Buchka e Budde, *Sentenze* II p. 252 sg.), Berlino XXV. 40, Monaco XXXII. 252 e del Trib. dell'Imp., *Sent.* V p. 168 (= Seuff., *Arch.* XXXVII. 127) cfr. pure Seuff., *Arch.* V. 200. — Diritto ereditario dei figli della fidanzata anche verso i parenti del padre? Schirmer op. cit. p. 219. Seuff., *Arch.* VIII. 65. Del padre verso il figlio della fidanzata? Zimmermann, *Arch. per la prat. civ.* XXXVIII p. 194 sg., Schirmer loc. cit. nota 19, Seuff., *Arch.* VIII. 66, IX. 189.

§ 572. (1) Nov. 118 c. 1.

(2) Nov. 118 l. c.: — « *sive ex masculorum genere sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis sive sub potestate sit* ». L'antico diritto civile chiamava soltanto i discendenti che stavano nella patria potestà, il pretore (sotto la designazione tecnica di *liberi*) chiamò inoltre gli emancipati e quelli pei quali la mancanza di patria potestà era soltanto accidentale, e non necessaria; gli altri discendenti cognatizi ricevettero un diritto ereditario prevalente a quello degli ascendenti e dei collaterali soltanto per mezzo del *SC Orfitianum* (sotto l'imperatore Marco) e della legislazione posteriore a Costantino.

(3) Nov. 118 l. c.: — « *cuiuslibet naturae* (φύσεως) », « *cuiuslibet sexus* ». E poi: « *nulla introducenda differentia sive masculi sive feminae sint* ». Una prevalenza del sesso maschile sul femminile non fu del resto mai conosciuta dal diritto romano nella classe dei discendenti.

prossimità di grado[3]; soltanto non è chiamato il discendente di grado ulteriore, se l'ascendente che lo precede vive ancora[4]. — Tra i più chiamati si fa la divisione non per capi, ma per stirpi, cioè l'eredità è anzitutto scomposta in tante parti, quanti figli vivi, o morti con discendenti vivi, ha lasciati il testatore, e ciò che si devolve ad ogni stirpe è diviso ulteriormente nella stessa maniera[5]. La parentela

(4) Nov. 118 l. c.: — « *cuiuslibet..... gradus* ». E poi « *in hoc enim ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus* ». Inoltre: — « *sic tamen, ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere* ». — Sull'espressione *in locum succedere*, che anche altrove si presenta (così nel § 6 I. *de her. quae ab int.* 3 1: — « *aequum enim esse videtur, nepotes neptesque in patris sui locum succedere* », § 15 i. f. *eod.*: « *lex duodecim tabularum..... filio mortuo nepotes vel neptes in locum... patris sui ad successionem avi vocat* », Gai. III. 7. 8, Ulp. XXVI. 2, cfr. anche nota 11), si è fondata l'idea che i discendenti di grado ulteriore non vengano alla successione per diritto proprio, ma per diritto del loro predefunto *parens*, per « rappresentazione » dello stesso (« diritto di rappresentazione »), e non si è tralasciato di trarre da questa idea conseguenze pratiche, così p. es.: che l'ulteriore in grado debba essere chiamato solamente quando egli sia stato erede del suo predefunto *parens*, e solamente quando questo sia stato capace di succedere. Altri hanno distinto fra una rappresentazione della persona ed una rappresentazione del grado, o fra una rappresentazione agli effetti del diritto di successione ed una rappresentazione agli effetti della divisione ereditaria nel senso, che l'ulteriore discendente verrebbe bensì alla successione per diritto proprio, ma in ogni caso per la divisione dell'eredità sarebbe da riguardare come rappresentante del suo predefunto *parens*, e quindi dovrebbe p. es. lasciarsi imputare sulla sua quota i debiti dello stesso verso l'ereditando. Cfr. Glück § 23-26 e gli scrittori ivi citati. Attualmente questo concetto è interamente abbandonato, mentre esso p. es. nel *code civil* ottenne riconoscimento legale. Cfr. Francke, *Contributi* I p. 176 sg., Büchel, *Controversie derivanti dalla Novella* 118 p. 217 sg. Schirmer § 14 p. 246 sg. Vangerow II § 414 osserv. 2, Sintenis II § 163 not. 11, Unger § 33 not. 4, da ultimo Kohler, *Arch. per la prat. civ.* LIX p. 88 sg. e *Riv. pel diritto civile franc.* VII p. 113 sg. Cfr. pure Holzschuher II § 134 nota 9.

(5) Ossia i discendenti di grado ulteriore ricevono insieme la parte che il loro predefunto *parens* avrebbe ricevuta, se egli stesso fosse venuto alla successione. Nov. 118 l. c.: — « *tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticumque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset, quam successionem in stirpes vocavit antiquitas* ». Cfr. § 6 I. *de her. ab int.* 3. 1 (Gai. III. 8): « *Et quia placuit, nepotes neptesque... in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita sed in stirpes hereditatem dividi, ut filius partem*

molteplice attribuisce quindi quota molteplice[6]. — I discendenti che ereditano, non conseguono anche necessariamente in godimento quel che ereditano. *a*) Se l'ereditando stava in patria potestà, il padre di lui conserva l'usufrutto a lui spettante[7]. *b*) Se ad una madre si succede dai suoi figli o ad un'ava dai suoi nipoti ecc., il padre o rispettivamente l'avo degli stessi ecc. (il marito della ereditanda), anche se non ha i figli nella potestà, riceve l'usufrutto di una quota virile[8]. — Se l'ereditando ha contratto più volte matrimonio, i figli del secondo matrimonio ricevono la dote e la donazione matrimoniale di questo matrimonio in antiparte[9].

---

dimidiam habeat et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam..... ». L. 2 C. *de suis et leg.* 6. 55. Se esistono nipoti solamente da un figlio o da una figlia, o se di più figli o figlie esistono nipoti in egual numero per ognuno, la divisione per capi e quella per stirpi conducono allo stesso risultato. Pur tuttavia non è senza interesse pratico il tener fermo, che le loro quote non sono originarie, quindi quote virili, ma che esse si son formate colla suddivisione di una quota di stirpe. Cfr. p. es. § 574 nota 8. Büchel, *Controversie* p. 226 sg. Schirmer p. 273 sg., Vangerow II § 415 osserv. 1.

(6) Così i figli di figli di fratelli e sorelle in concorso con altri pronipoti ricevono una doppia parte.

(7) Già prima della Nov. 118 al figlio sottoposto alla potestà succedevano nel suo *peculium adventicium* e *castrense* i suoi discendenti come ad una persona libera da potestà. L. 11 C. *comm. de success.* 6. 59, l. 6 § 1 C. *de bon. quae lib.* 6. 61, pr. I. *quib. non est perm.* 2. 12 (vv. « *nullis liberis vel fratribus superstitibus* »). Cfr. Schirmer p. 172 sg., Vangerow II § 409 osserv. Nr. IV, Fitting, *Il peculium castrense* p. 341. Giustiniano lo ha confermato ancora una volta nella Nov. 118 (« *Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen eius filii... etiam ipsis parentibus praeponi praecipimus, quorum sub potestate fuerit qui defunctus est* »), ma soggiunge espressamente: « *nam in usu harum rerum qui debet acquiri aut servari nostras de his omnibus leges parentibus custodimus* ». Cfr. II § 525 nota 21.

(8) L. 3 C. *de bon. mat.* 6. 60. Il testo parla bensì da una parte soltanto di emancipati, ma però dall'altra parte anche di nipoti per via di figlie. Cfr. in genere, ed in ispecie sul computo della quota dell'avo rispetto ai nipoti: Schrader, *Dissertazioni sul diritto civile* Nr. 4, Glück § 84, Schirmer p. 294 sg., Vangerow II § 415 osserv. 2 Nr. 3, Sintenis III § 165 not. 4. [Non più pratico secondo afferma Dernburg III § 132 nota 4].

(9) Come ai figli del primo matrimonio, la dote e la donazione nuziale di questo matrimonio sono devolute senz'altro colla celebrazione del secondo matrimonio. V. II § 511 Num. 1 e specialmente nota 7.

2. [10] Ascendenti, fratelli e sorelle germani e figli [11] (non gli ulteriori discendenti) [12] di fratelli e sorelle germani predefunti. — Per gli ascendenti decide la prossimità di grado; più ascendenti di eguale grado, se appartengono alla stessa linea, dividono per capi; se appartengono a diverse linee, ciascuna linea riceve la metà, e soltanto la metà ricadente a ciascuna linea è divisa per capi fra gli appartenenti alla stessa [13]. I fratelli e le sorelle ricevono sempre parti eguali;

---

(10) Nov. 118 c. 2. 3 pr., nov. 127 c. 1.

(11) Anche dei figli di fratelli e sorelle si dice nella Novella, che essi in *parentum locum*, un'altra volta, che essi in *parentum iura* (δίκαια) *succedunt*, e così si è anche per essi ammesso un « diritto di rappresentazione » colle conseguenze da ciò dedotte. V. nota 4 e gli scrittori ivi citati. (Secondo la teoria di Glück loc. cit. si dovrebbe per essi basare sulla rappresentazione non solamente la divisione dell'eredità, ma anche il diritto alla successione). — Del resto la Nov. 118 chiama i figli di fratelli e sorelle soltanto in concorso a fratelli e sorelle mentre ricusa loro espressamente il diritto ereditario pel caso che insieme ai fratelli esistano anche ascendenti. Ciò è stato mutato soltanto dalla Nov. 127 c. 1. — Che i figli di fratelli e sorelle succedano insieme agli ascendenti anche quando non esistono fratelli o sorelle non è detto espressamente neppure nella Nov. 127, ma sta certamente nell'intendimento del legislatore. Sebbene ciò da altri venga contrastato, sta però ad ogni modo nel senso del concorso dei figli di fratelli o sorelle una pratica costante. Cfr. Glück p. 639 sg., Arndts, *Diz. G.* V. p. 692, Büchel, *Controversie ecc.* p. 170, v. Helmolt, *Dissertazioni di d. civile* fascicolo 1° p. 12 sg., Puchta, *Lez.* sul § 457, Schirmer § 14 nota 22, Vangerow II § 416 osserv. 1 (p. 54). Anche l'indicata pratica è negata del resto dalla sent. del Trib. Sup. d'app. di Celle in Seuff., *Arch.* V. 300.

(12) Nov. 118 c. 3 pr.: — « *Huiusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum et feminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum iura succedant; nulli enim alii omnino personae ex hoc ordine venienti hoc ius largimur* ».

(13) Nov. 118 c. 2: — « *Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi iubemus qui proximi gradu reperiuntur masculos et feminas, sive materni seu paterni sint. Si autem eundem habent gradum, ex aequo inter eos hereditas dividitur, ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticunque fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos inveniri contigerit* ». C. d. divisione *in lineas* (l'espressione è senza punto d'appoggio nelle fonti), una combinazione di divisione per stirpi e per capi. Glück p. 644 sg., Schirmer § 16 not. 25, Vangerow II § 416 osserv. 2 Nr. 1. — Di una devoluzione del patrimonio paterno agli ascendenti paterni, del materno ai materni, non vi è traccia nel diritto romano. Cfr. Schirmer § 16 not. 30.

se concorrono con loro figli di fratelli e sorelle questi ricevono insieme la parte del loro padre predefunto o della loro madre predefunta[14]. I figli di fratelli o sorelle dividono per capi[15]. — Se concorrono ascendenti con fratelli o sorelle [16] o figli di fratelli e sorelle si divide per capi[17], se non che i figli di fratelli e sorelle ricevono insieme soltanto una parte[18]. — Anche in questa classe la doppia parentela attribuisce doppia quota[19]. Che l'ereditando stesse o no sotto patria potestà, è anche in questa classe indifferente[20]. L'usufrutto dell'avente potestà sul patrimonio dell'ereditando cessa in questa classe colla morte di lui[21].

---

(14) Nov. 118 c. 3 pr.: — « *Si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et feminis, et quanticunque fuerint, tantam ex hereditate portionem percipient, quantam eorum parens futurus esset accipere si superstes esset* ». Nov. 127 c. 1.

(15) Così decise la Dieta Imperiale di Spira 1529 (§ 31) una controversia agitata su questo punto fin dal tempo dei glossatori; certo contro lo spirito della legge. Cfr. Glück p. 664 sg., Büchel, *Controversie* p. 190 sg., Schirmer § 16 p. 277-283, Vangerow II § 416 osserv. 2 Nr. 3, Stintzing, *Storia della Giurisprudenza tedesca* I p. 167.

(16) Sull'opinione d'alcuni antichi, che insieme ai fratelli e sorelle fossero chiamati soltanto il padre e la madre, non gli ulteriori ascendenti v. Glück p. 632 sg., Schirmer § 14 nota 18.

(17) Nov. 118 c. 2: — « *Si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus coniuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur, si et pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem...* ». Nov. 127 c. 1: — « *cum ascendentibus et fratribus vocentur et praemortui fratris filii, et tantam accipiant portionem, quantam futurus erat eorum pater accipere si vixisset* ». Cfr. Schirmer § 16 not. 28. 29.

(18) Glück p. 654.

(19) Il caso è più precisamente da immaginarsi così, che l'ereditando sia figlio di figli di fratelli o sorelle, ed oltre agli avi comuni dei suoi genitori o ad uno d'essi lasci ancora altri più remoti ascendenti.

(20) Nov. 118 c. 2: — « *differentia nulla servanda... sive... suae potestatis sive sub potestate fuerit is, cui succedunt* ». Sul diritto dell'avente potestà al patrimonio del figlio di famiglia morto senza discendenti prima della Nov. 118 (da ultimo l. 7 § 1 C. *ad SC. Tert.* 6. 56, l. 11 C. *comm. de succ.* 6. 59, l. 6 § 1 C. *de bon. quae lib.* 6. 61, pr. I. *quib. non est perm.* 2. 12 *vv.* « *nullis liberis vel fra-*

3. Fratelli e sorelle unilaterali e figli (non discendenti ulteriori) di fratelli o sorelle unilaterali defunti. Divisione come in caso di fratelli e sorelle germani[22].

---

tribus superstitibus ») cfr. Schirmer p. 172 sg., Vangerow II § 409 osserv. Nr. IV, Fitting, *Il peculium castrense* p. 341 sg. — Se anche il diritto ereditario competente nel diritto anteriore al *parens manumissor* in base alla emancipazione (Schirmer p. 185 sg., Vangerow II § 469 osserv. Nr. V, Schmidt, *Il diritto di legittima del patrono e del parens manumissor* p. 153 sg.) sia stato interamente abolito dalla Nov. 118, non è al tutto incontroverso. In contrario Mayer nel suo *Programma de hereditate parentis manumissoris* (1832) e *Diritto ereditario* § 85 nota 5 (il quale però pel diritto odierno non sostiene la persistenza di questo diritto ereditario); in favore, il maggior numero degli scrittori ed in ispecie Francke nel suo *Programma de manumissorum successione* (1835), Mühlenbruch XXXV p. 219 sg., Arndts, *Diz. G.* V p. 681 sg., Schirmer § 10 nota 157*a*, Schmidt op. cit. p. 163 sg.

(21) Egli è compensato colla parte di proprietà a lui devoluta. La Nov. 118 dopo le parole citate nella nota 17 prosegue così: « *nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione hereditatis ius et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem* ». Si vollero bene intendere queste parole nel senso, che per esse si escluda soltanto l'acquisto d'un nuovo usufrutto sulla parte del *peculium castrense* e del *peculium adventicium extraordinarium* dell'ereditando devoluta ai fratelli o sorelle soggetti alla potestà; v. su ciò e contro ciò Glück § 174, v. Löhr, *Arch. per la prat. civ.* X p. 165 sg., Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* XIII p. 206 sg., v. Buchholtz, *Ib.* XIV p. 295 sg., Schirmer p. 296 nota 60. Vangerow II § 416 osserv. 3. D'altra parte è anche stata sostenuta, sebbene soltanto isolatamente, l'opinione, che le indicate parole vogliano escludere soltanto il perdurare dell'usufrutto già esistente, ma non l'acquisto d'uno nuovo, v. in contrario Buchholtz op. cit. p. 301 sg.

(22) Nov. 118 c. 3. — Fratelli unilaterali sono anche i figli illegittimi della madre, come pure i figli adottivi del padre. Sulla questione, se i figli adottivi non siano fratelli germani almeno quando essi sono nati dalla stessa madre, cfr. da una parte Arndts, *Diz. G.* V. p. 690 nota 143, dall'altra Schirmer § 14 not. 17. — Anche in questa classe può presentarsi una parentela molteplice con ragione a quota multipla, se cioè contraggono matrimonio fra loro i c. d. fratellastri e sorellastre (*zusammengebrachte Geschwister* — fratelli e sorelle per fusione di famiglia) (figli di matrimoni anteriori dei loro patrigno e matrigna), ed un loro figlio eredita in concorso ai fratelli dei suoi genitori. Una opinione anteriormente assai diffusa, fondata sulla l. 13 § 2 C. *de leg.* 6. 58, secondo la quale se i fratelli unilaterali da parte di padre e da parte di madre, vengono all'eredità, quelli dovrebbero avere in antiparte il patrimonio paterno, questi il materno, è attualmente abbandonata. Cfr. Glück p. 712 sg., Francke *Contributi* Nr. 7, Guyet *Dissertazioni di diritto civile* Nr. 7., Schlesinger,

4. Tutti gli altri parenti, con preferenza del più prossimo in grado e con uguale partecipazione degli uguali in grado[23]. La parentela da entrambi i lati non attribuisce in questa classe una preferenza sulla unilaterale[24].

C. *Vocazione successiva*[*].

§ 573.

Vocazione successiva è quella che si verifica a favore di chi segue nell'ordine della successione ereditaria, se il chiamato prima di lui, in mancanza del quale egli sarebbe stato subito chiamato, non acquisti l'eredità[1]. La vocazione suc-

---

Arch. per la prat. civ. L p. 137 sg. (che nel risultato è d'accordo coi due scrittori testè menzionati, ma non nella interpretazione della l. 13 C. *de leg. her.* 6. 58), Vangerow II § 417 osserv. e gli altri ivi citati.

(23) Nov. 118 c. 3 § 1. — « *Si vero neque fratres neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscuiusque gradus praerogativam, ut viciniores gradu ipsi reliquis praeponantur. Si autem plurimi eiusdem gradus inveniantur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividitur, quod in capita nostrae leges appellant* ».

(24) La legge non conosce punto una tale preferenza, mentre essa espressamente la rileva immediatamente prima per la classe dei fratelli e sorelle.

(*) Glück § 66. 102-106. 144. 151-152. Mayer § 65. 80. Arndts p. 693-696. Vering p. 432. 581. 620. 665. Schirmer § 15. Vangerow II § 420. 421. Sintenis III p. 316 sg. Una trattazione particolare di questa teoria dal punto di vista precipuamente dogmatico-storico, fu data nel tempo più recente da I. Merkel (giuniore) la teoria della *successio graduum* fra eredi *ab intestato*, Tübinga 1876. (Cfr. *Riv. crit. trim.* XIX p. 165 sg.).

§ 573. (1) Il principio della vocazione successiva era ignoto al diritto civile; se il chiamato per primo non diventava erede (il che del resto nella classe dei *sui* non poteva accadere), non si faceva luogo ad una ulteriore vocazione. « *In legitimis hereditatibus successio non est* ». Ulp. XXVI. 5, Paul. *sentent.* IV. 8 § 23, Gai III. 12. 22, § 7 I. *de leg. agn. succ.* 3. 2. Il principio della delazione successiva fu da prima stabilita dal pretore per la sua *bonorum possessio* (Ulp. XXVIII. 11, l. 1 § 10 D. *de succ. ed.* 38. 9, l. 2 pr. D. *de bon. lib.* 38. 2, § 9 I. *de B. P.* 3. 9), poi da Giustiniano è stato trasferito anche alla eredità civile, in una costituzione andata perduta (restituita come l. 4 C. *de iure patr.* 6. 4), la cui relativa disposizione è riferita nel § 7 I. *de leg. agn. succ.* 3. 2.

cessiva non procede semplicemente da classe a classe[2], ma anche entro la stessa classe da grado a grado[3], e procede da grado a grado non semplicemente quando in questa classe decide la prossimità di grado, ma anche quando gli appartenenti a questa classe vengono chiamati senza riguardo alla prossimità del grado[4]. Essa si verifica inoltre non semplicemente quando nessuno dei primi chiamati acquista, ma anche se non acquistano tutti, per la parte

---

(2) C. d. *successio ordinum*.

(3) C. d. *successio graduum*.

(4) Il caso è più precisamente da immaginare così, che uno più lontano di grado viene escluso dalla eredità da un ascendente che lo copre, e che poi questo ascendente non acqnista. Quindi se il figlio non acquista, è chiamato il nipote ecc., se il fratello o la sorella non acquista, il rispettivo figlio; ma non è chiamata la classe seguente. Ciò è stato negato nell'epoca moderna, o pei nipoti ecc. e figli di fratelli o sorelle (Puchta § 458 *e* e *Lez.* corrispondenti), od almeno per questi ultimi (Büchel, *Controversie, ecc.* p. 171 sg.). Effettivamente quanto al diritto anteriore è estremamente dubbio, se esso abbia riconosciuto una *successio graduum* anche nella classe dei discendenti (la quale qui solo può venire in considerazione pel diritto anteriore, cui era ignoto il concorso tra fratelli o sorelle e figli di fratelli o sorelle); è estremamente dubbio tanto per la *bonorum possessio*, quanto per la disposizione Giustinianea relativa alla eredità civile, ed in ogni caso sta un argomento in contrario difficile ad eliminare, nella l. 34 C. *de inoff. test.* 3. 28 (cfr. § 579 nota 9). Cfr. in ispecie Büchel, *Controversie, ecc.* p. 94 sg., Leist, *La bonorum possessio* II. 1 p. 248, Vangerow II § 407, Schirmer § 15 nota 15, Fitting, *Arch. per la prat. civ.* LIX p. 433 sg. Comunque siasi, non dovrebbe in ogni caso per la Novella 118 dubitarsi, che essa dopo i discendenti ed i figli di fratelli o sorelle non abbia voluta ammettere una classe ulteriore, finchè esiste un discendente od un figlio di fratello o sorella capace a succedere. Nov. 118 c. 1: « *Si quis igitur descendentium fuerit ei qui intestatus moritur cuiuslibet naturae aut gradus... omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur* » c. 2: « *Si igitur descendentes quidem non relinquat heredes, pater autem, aut mater, aut alii parentes ei supersint...* » c. 3 § 1: « *Si vero neque fratres neque filios fratrum... defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus...* ». Cfr. anche Büchel op. cit. p. 114 sg., Arndts, *Diz. G.* V p. 694, v. Helmolt, *Dissertazioni di d. civ.* fascicolo 1 p. 10 sg., Schirmer p. 260 sg., Vangerow II § 420 osserv., Kohler, *Arch. per la prat. civ.* LIX p. 106 sg., Merkel op. cit. p. 113 sg. [Dernburg III p. 270, Köppen, *Trattato* § 64 nota 2]; specialmente contro Büchel Schirmer loc. cit. nota 23, Vangerow II § 416 osserv. 1 (p. 54 sg.).

del non acquirente[5]. La vocazione successiva non ha in questo caso per effetto un mutamento nella ripartizione

---

(5) Questione estremamente controversa e, come deve tosto soggiungersi, difficilmente da decidersi con sicurezza. Secondo una opposta opinione la parte del non acquirente non dovrebbe ulteriormente conferirsi, ma aggiungersi (accrescere, *anwachsen*) a chi perviene all'acquisto. Si è quindi formulata la questione anche così: si fa luogo a *successio graduum* o a diritto d'accrescimento? I singoli casi, dei quali qui si tratta, sono i seguenti: *a*) Di due discendenti chiamati insieme l'uno non acquista; la sua quota si devolve ai suoi figli ecc., od agli altri chiamati? — *b*) Sono chiamati insieme fratelli e sorelle; la quota di chi non acquista si devolve ai suoi figli od ai chiamati con lui? — *c*) In concorso con un ascendente sono chiamati fratelli e sorelle o figli di fratelli o sorelle: la quota dell'ascendente, che non acquista, si devolve all'ascendente più lontano di grado oppure ai fratelli e sorelle o rispettivamente figli di fratelli o sorelle? Che in tutti questi casi si faccia luogo al diritto d'accrescimento, è *ab antico* stata l'opinione prevalente (cfr. Merkel p. 59 sg.), ed anche oggidì la maggior parte degli scrittori professa questo avviso; v. Helmolt ha consacrato a difenderla un apposito scritto (*Dissertazioni di diritto civile* fascicolo 1: *Il diritto d'accrescimento e la successio graduum delle Novelle* 118 *e* 127 [1855]); v. inoltre in ispecie Büchel, *Controversie, ecc.* p. 82 sg., Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XLIII p. 272 sg., Schirmer I p. 264 sg., Vangerow II § 420 osserv. p. 64 sg. [Köppen, *Trattato* § 64 nota 4]. Seuff., *Arch.* XXVII. 148. Per la *successio graduum* invece si sono dichiarati nell'epoca più recente segnatamente: Francke, *Contributi* Nr. 8, Mayer, *Diritto d'accrescimento* p. 284 sg. e *Dir. ereditario* I § 65 nota 4, Sintenis III § 163 not. 16, Brinz 1ª ediz. p. 808 sg. 2ª ediz. III p. 136 sg. (questi però con una limitazione), ultimamente Fitting, *Arch. per la prat. civ.* LVII p. 160, Leonhard, *Saggio d'una decisione della controversia intorno alla preferenza della successio graduum sul diritto d'accrescimento secondo il diritto romano* [Versuch einer Entscheidung der Streitfrage über den Vorzug der *successio graduum* vor dem Accrescenzrechte nach römischem Recht] (Halle 1874) (su questo cfr. Regelsberger, *Riv. crit. trim.* XVIII p. 265 sg.), Kohler, *Arch. per la prat. civ.* LIX p. 87 sg., Merkel op. cit. p. 116 sg., Hofmann, *Studi crit. sul d. rom.* p. 86 sg. [Dernburg III § 134. Seuff., *Arch.* XLIV. 31]. Secondo il mio avviso i punti rilevanti in proposito sono i seguenti: 1) senza alcun dubbio le persone, che vengono chiamate insieme, vengono chiamate ognuna all'eredità, all'eredità come tutto, e non per ciò meno all'eredità perchè vi vengono chiamate per una parte. Da ciò segue, che anche l'oggetto del loro acquisto è l'eredità, e che esse dell'eredità ricevono tanto, quanto il chiamato con esse non toglie loro. Secondo me si ha torto a contrastar ciò. Cfr. § 603 nota 1, § 604 Num. 2. — 2) Ma altrettanto torto si ha a ritener decisa con questo criterio l'intiera questione; fu infatti spesso osservato: perchè non dovrebbe il diritto mettere tanto bene al posto d'uno dei più chiamati un altro chiamato con lui, quanto al posto d'un chiamato un altro chiamato? Ed esso fa ciò incontrover-

dell'eredità[6]. La risoluzione dell'acquisto non s'equipara in tutti i casi al non fatto acquisto[7].

---

tibilmente nel caso, in cui ad uno degli istituiti è stato dato un sostituito volgare. Cfr. § 603 nota 10. — 3) Così l'intiera questione diventa una questione d'interpretazione; che cosa deve ritenersi come volontà di Giustiniano nella Nov. 118: che per la parte del chiamato insieme ad altri abbia o no a farsi luogo ad una nuova vocazione? Se in proposito si è voluto attribuire un peso decisivo al fatto, che Giustiniano chiama gli ulteriori discendenti e i figli di fratelli e sorelle al posto dei loro genitori PREDEFUNTI, per me non è dubbio, che un *argumentum a contrario* tratto da questo concetto è inammissibile; il legislatore ha appunto pensato solamente a questo caso, ma non ha tenuto presente quello che ci occupa. Ora dobbiamo noi dire, che appunto perchè il legislatore non ha pensato a questo caso, egli per lo stesso non ha neppure voluto prescriver nulla, che quindi i compagni di vocazione dei quali qui si tratta, sono tali puramente e semplicemente e senza sostituti legali? Questo è il punto di partenza di Schirmer. Io sono d'altra opinione. Se l'interpretazione ha effettivamente il diritto, che secondo il mio avviso non si può mai contrastarle, di dar vigore anche al pensiero non pensato dal legislatore (I § 22), io ammetto volontieri, che si possa essere di diversa opinione sul vero pensiero di Giustiniano in questo caso, sul pensiero, che egli avrebbe pensato, se avesse fatto attenzione a questo caso: ma io per parte mia non posso ritenere verosimile, che Giustiniano abbia escluso il nipote od il figlio di fratello a favore dello zio e della zia, ed in genere, che egli avrebbe dato peso a ciò che la circostanza che rende libero quello più lontano nel grado, si sia verificata prima o dopo la morte dell'ereditando. Cfr. pure Unger § 33 not. 2. — 4) Sul non potersi dalla l. 2 § 18 D. *ad SC. Tert.* 38. 17 desumere alcuna decisione (che del resto riuscirebbe nel senso della opinione qui sostenuta), su ciò v. Schirmer § 15 not. 33 e gli ivi citati, Kohler op. cit. p. 123 sg.

(6) Astraendo naturalmente da ciò, che se al posto del non acquirente vengono chiamate più persone, queste debbono ripartire fra di loro la quota del non acquirente. Ma i compagni di vocazione che pervengono all'acquisto, conservano ciò che essi hanno e a seguito della successiva vocazione non ricevono nè più nè meno. Se quindi fratelli e sorelle ed ascendenti sono chiamati insieme, e gli ascendenti vengono meno, la quota virile dei fratelli e sorelle non muta per il venir meno degli ascendenti e per il sottentrare d'un numero maggiore di ascendenti più remoti. Se i figli di fratelli e sorelle son chiamati in concorso di fratelli e sorelle, ed al posto dei fratelli e delle sorelle sottentrano i loro figli, la divisione per stirpi non si trasforma in divisione per capi. Sicuramente neppure questa proposizione ha per sè altro che un argomento di verosimiglianza. La questione è questa: è da ritenere che il diritto voglia in conseguenza d'un avvenimento che si verifica posteriormente revocare un riparto dell'eredità già una volta stabilito? Io ritengo ciò non verosimile. — Del resto la questione qui discussa ha una portata più estesa. Espressa con sufficiente generalità essa suona così: si muta il modo di divisione per il venir meno d'uno dei chiamati,

D. *Successione straordinaria.*

§ 574.

Certe persone ricevono una certa parte dèll'eredità, chiunque sia del resto l'erede; ed è questo che s'intende qui per successione straordinaria[1].

1. C. d. quarta della vedova povera[2]. La vedova[3] che ha

---

sia che al suo posto sottentri un altro, sia che la parte del mancante s'accresca agli altri chiamati con lui? In questa generalità la questione vien risoluta negativamente, quindi decisa per la divisione in conformità al tempo della delazione, da Glück § 180, Büchel *Controversie, ecc.* p. 230 sg., Mühlenbruch XLIII p. 292 sg., Arndts, *Diz. G.* V p. 695-696, v. Helmolt op. cit. p. 83 sg., Brinz 1ª ediz. p. 811. 2ª ediz. III p. 142, Schirmer § 16 not. 42, Sintenis III § 164 nota 14, Vangerow II § 421 osserv., Leonhard loc. cit. (nota 9), Köppen, *Trattato* § 64 in f.; per la soluzione affermativa della questione, quindi per la divisione in conformità del tempo dell'acquisto: Mayer, *Diritto d'accrescimento* p. 251 sg., Witte, *Diz. G.* I p. 278 sg. ed ultimamente Fitting, *Arch. per la prat. civ.* LVII p. 161 sg. Cfr. § 605. Anche qui si è invocata la l. 2 § 18 D. *ad SC. Tert.* 38. 17 (nota 5 in f.); inoltre la l. 2 C. *ad SC. Orf.* 6. 57, v. in contrario specialmente Büchel p. 250 sg., Vangerow loc. cit. in f. Per la ripartizione a stregua del tempo della delazione Seuff., *Arch.* XLIV. 196. [Mannes, *La ripartizione della eredità si determina a stregua del momento dell'acquisto o di quello della delazione dell'eredità?* Dissertazione di Erlangen 1897.]

(7) Al non acquisto s'equipara la risoluzione dell'acquisto del *suus* mediante *beneficium abstinendi*, non invece la risoluzione dell'acquisto per via di *in integrum restitutio.* L. 6 C. *de leg. her.* 6. 58, l. 2 D. *de succ. ed.* 38. 9. Cfr. Schirmer § 15 nota 24-26.

§ 574. (1) Altri usano questa espressione in diverso senso, per designare il contrapposto od alla successione dei parenti, od alla successione dei parenti e del coniuge.

(2) Nov. 53 c. 6, Nov. 117 c. 5. Letteratura: Martin, *Pareri giuridici e decisioni del collegio giudicante dell'università di Heidelberg* [Rechtsgutachten und Entscheidungen des Spruchcollegiums der Universität Heidelberg] I p. 356 sg. (1808). v. Löhr, *Magazzino per la GP. e per la legislaz.* III p. 359-385 (1819). Lo st., *Arch. per la prat. civ.* XXII p. 1 sg. (1839). E. Petri, *Il diritto di legittima della vedova povera* [das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe]. *Dissertazione inaugurale.* Strasburgo 1874. v. Kerstorf, *Sulla mulier indotata et inops secondo il diritto comune* (estratta dalla *Rivista dell'unione degli avvocati per la Baviera* XVI Nr. 21-23, 1876). Glück § 117-126, Arndts p. 697 sg., Schirmer § 13 p. 233-244, Köppen, *Programma* § 90. Sintenis III § 165 p. 329-337, Vangerow II § 488. [Graefe, *Il dir. di successione intestata della vedova povera, ecc.* Dissertaz. di Erlangen 1899.]

(3) La Nov. 53 c. 6 concedeva al vedovo un diritto eguale a quello della vedova; ciò fu abrogato dalla Nov. 117 c. 5.

vissuto coll'ereditando fino alla morte di lui in matrimonio giuridicamente sussistente[4], se non è posta al riparo contro il bisogno nè da una dote che ad essa si devolva, nè da altro patrimonio[5], riceve in concorso con tutti gli eredi[6] la quarta parte dell'eredità, però non più di cento libbre d'oro[7], ed in concorso coi figli non più d'una quota

(4) Altri esigono, oltre alla sussistenza giuridica del matrimonio, anche la continuata convivenza di fatto dei coniugi, o che almeno questa non sia cessata per colpa della donna. Cfr. Glück p. 442 sg.; Sintenis, not. 2 Nr. 8, Schirmer not. 8*a*. In contrario Petri p. 16 sg. ed una sent. del Trib. Sup d'app. di Rostock in Budde, *Decisioni* VII p. 258 sg. (= Seuff., *Arch.* XXVI. 45). Effettivamente l'indicato requisito non è dimostrato dalle parole, che dànno norma a questo punto, della Nov. 53 c. 6: « *si perduraverit semper cum eis* » e della Nov. 117 c. 5: « *et usque ad mortem cum ea vivens* », poichè con queste parole, come emerge chiaramente da quanto precede, si vuole indicare soltanto il contrapposto al divorzio. Nè maggiormente prova l'analogia della *b. p. unde vir et uxor* (§ 570 nota 4). [Come qui Seuff., *Arch.* XLIX. 259].

(5) Altri (p. es. v. Löhr op. cit. p. 366 sg., Vangerow loc. cit. Nr. 1, Schirmer loc. cit. nota 8, v. Kerstorf loc. cit.) interpretano la Nov. 53 c. 6 nel senso che voglia escludere la ragione ereditaria della vedova, se questa abbia una dote qualunque. Io non credo che ciò sia esatto. Il legislatore muove manifestamente dalla presupposizione, che se la moglie ha una dote, appunto per via di questa essa sarà posta al riparo dal bisogno; ma come egli espressamente riconosce, che un esiguo patrimonio proprio non osta alla ragione della moglie (— « *si vero quasdam res proprias mulier in domo viri aut alibi repositas habuit, harum actionem et retentionem habeat omnibus modis imminutam* »), non è certo nella sua intenzione, che questa ragione debba rimanere esclusa dall'esistenza di una tenue dote. Il concetto direttivo è per esso quello della *penuria*, non quello della dote. V. pure Sintenis loc. cit. not. 2; inoltre Schirmer loc. cit., il quale riconosce, che la pratica ammette all'eredità del marito anche la vedova con tenue dote; Petri p. 24 sg. Così anche Seuff., *Arch.* XV. 231 Nr. 1. 2, *Decisioni del Trib. Sup. d'app. di Rostock* VII p. 259; altrimenti Seuff., *Arch.* IX. 47. — Che cosa vuol dire più precisamente: la donna non è posta al riparo dal bisogno? Di regola si richiede che manchi il sostentamento proporzionato al grado sociale. Cfr. Glück p. 446 sg., v. Löhr p. 370 sg., Schirmer not. 2 in f., Petri p. 21 sg. Seuff., *Arch.* XV. 231 Nr. 1 in f. 2, cfr. pure XVII. 263. [*Trib. dell'Imp.* XL p. 191 sg.].

(6) Le leggi menzionano espressamente soltanto i figli; tanto più deve la moglie ammettersi in concorso dei parenti più remoti o di persone affatto estranee. In concorso di persone estranee — poichè la sua ragione vale di fronte agli eredi testamentari come agli eredi *ab intestato*. Cfr. segnatamente Nov. 53 c. 6 § 2 i. f.: — « *nisi tamen ipse vir aut legatum ei aut aliquam partem institutionis reliquerit* ». V. § 593 nota 1-3.

(7) La Nov. 53 c. 6 rimanda ad anteriori disposizioni, nelle quali questa limi-

virile[8]; se gli eredi sono i suoi proprii figli, nati dal suo matrimonio con l'ereditando, ciò che riceve, le spetta, soltanto in usufrutto[9]. Anche quando riceve la sua parte in proprietà, essa non è tanto una erede, quanto una legataria legittima[10]. La vedova nulla riceve se il marito non era agiato[10a].

---

tazione è contenuta (l. 11 § 1 C. *de rep.* 5. 17. Nov. 22 c. 18), e la Nov. 117 c. 5 riconosce espressamente che la quarta stabilita dalla Nov. 53 è da intendere con questa limitazione. Ma l'opinione di Köppen (*Programma*, p. 86), che la stessa Nov. 117 c. 5 abbia lasciata cadere questa limitazione, io non la trovo giustificata. [Imputazione di ciò che il testatore le ha lasciato a causa di morte: *Sent. del Trib. dell'Imp.* XL p. 193; 100 libbre d'oro = 67.200 marchi: *Sent. del Trib. dell'Imp.* XL p. 194 sg.].

(8) Ciò fu novellamente stabilito dalla Nov. 117. c. 5. I nipoti da figlio predefunto contano per un solo capo, e non solo quando succedono più stirpi. Cfr. § 572 nota 5 in f., Vangerow Nr. 3, Schirmer not. 11. 12, Petri p. 33 sg.

(9) Anche ciò è una innovazione della Nov. 117 c. 2. Opinioni divergenti: 1) La vedova non avrebbe l'usufrutto, ma il diritto d'uso, v. Buchholtz, *Rivista generale di letteratura di Halle* 1839 Vol. IV p. 492; in contrario Osenbrüggen, *Sulla interpretazione del Corpus iuris civilis* p. 35 sg. Cfr. pure Schirmer not. 13. — 2) La vedova avrebbe non l'usufrutto, ma il diritto di proprietà, che però essa dovrebbe conservare pei suoi figli, ma potrebbe dividere fra gli stessi ad arbitrio; colla morte dei figli il diritto di proprietà della vedova diventerebbe illimitato. Così in ispecie v. Löhr p. 377 sg., il quale però posteriormente, nel succitato articolo dell'*Arch. per la pratica civile*, ha nuovamente ritirata la sua opinione. Cfr. Vangerow Nr. 4, Schirmer not. 13, Petri p. 47 sg. — *Quid*, se la moglie eredita in concorso di figli proprii e di figliastri? La congrua decisione per questo caso è senza dubbio che essa allora perde il diritto di proprietà soltanto a favore dei suoi proprii figli, e soltanto il diritto di proprietà su quella parte della sua porzione, che essa sottrae a questi. Ma la Nov. 117 c. 5 ha adottato un'altra decisione; Giustiniano qui non ambiguamente prescrive, che il diritto di proprietà debba devolversi interamente ai proprii figli di lei (« *dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit* »). Non si può neppur dire, che Giustiniano in proposito presupponga tacitamente, che non esistano altri figli che i proprii; che egli non abbia punto pensato al caso della concorrenza dei figliastri; poichè di questo ultimo caso egli ha parlato immediatamente prima (« *si quidem usque ad tres habuerit filios eius vir, sive ex ea sive ex alio matrimonio* »). Però le opinioni qui sono assai divise. Cfr. Vangerow Nr. 4 in f., Schirmer not. 13 in f, Brinz III § 385 nota 27. *Decisioni del Trib. Sup. d'app. di Rostock* VII p. 270.

(10) Anche ciò è controverso: in contrario Glück p. 465 sg. e gli scrittori ivi citati, v. Löhr p. 381 sg., Arndt p. 698, Schirmer not. 15, Schröder, *Diritto degli eredi necessari* p. 284 sg., [Dernburg III § 137] Seuff., *Arch.* XV. 231 not. 1, *Decisioni del Trib. Sup. d'app. di Rostock*

2. Alla stessa maniera l'arrogato impubere, che senza ragione sufficiente e giudizialmente approvata è stato emancipato dal padre arrogante, riceve sull'asse ereditario di costui, di fronte a tutti gli eredi una quarta parte[11].

VII p. 259; in favore Vangerow Nr. 5, Sintenis § 165 not. 2 Nr. 2 (p. 333 sg.), Köppen, *Programma* p. 87. [*Trattato* p. 399], Petri p. 40 sg. 51 sg. Io ritengo che prevalgano gli argomenti per l'esistenza d'un legato legittimo. Questi sono: 1) che Giustiniano ha costituita la ragione della vedova povera sul modello della ragione della moglie ripudiata dal marito vivo e l'ha ad essa perfettamente equiparata, nel qual caso è pur certo che non può farsi parola d'una successione universale; 2) che del pari non può farsi parola di successione universale nel caso, in cui la donna diventa soltanto usufruttuaria, in quel caso che Giustiniano pone ancora sulla stessa linea con quello in cui essa diventa proprietaria. Ora a questi argomenti invero si contrappone il passo della Nov. 53 c. 6 § 1, ove si dice: « *Si vero quasdam res proprias mulier in domo viri aut alibi repositas habuit, harum actionem et retentionem habeat omnibus modis imminutam, subiacere huiusmodi rebus viri creditoribus nullo modo valentibus*, NISI FORTE SECUNDUM QUOD IN ILLIUS IURE EX HAC LEGE HERES EXTITERIT (πλὴν εἰ μὴ καθ' ὅσον τῶν ἐκείνου δικαίων ἐκ τοῦδε τοῦ νόμου συγκληρονομεῖ) ». Ma anche se non si vogliono con Köppen, *Ann. per la dogm.* V p. 220, riferire queste parole al caso, in cui la vedova è stata istituita erede dal marito (Nov. 53 c. 6 i. f.), esse non possono però nel contesto con quanto precede intendersi altrimenti, se non nel senso, che la donna debba rispondere pei debiti del marito soltanto fino all'importo della sua quarta, e con ciò è anzi espresso, che essa non è erede vera e propria. Cfr. pure nota 11 in f. L'interesse pratico della controversia qui agitata si appalesa segnatamente nelle questioni, se la vedova acquisti anche senza dichiarazione d'adizione, e se le competa il diritto d'accrescimento.

(10*a*) *Locuples* Nov. 53 c. 6. Seuff., *Arch.* XLII. 222 (= *Sent. del Trib. dell'Imp.* XVI p. 153), XLIII. 126.

(11) C. d. *quarta D. Pii*, § 3 I. *de adopt.* 1. 11 l. 22 pr. D. *eod.* 1. 7, l. 2 C. *eod.* 8. 47 [48], l. 13 pr. D. *si quid in fr. patr.* 38. 5. Questa disposizione, introdotta da Antonino Pio, rientra nel complesso dei provvedimenti rivolti a che dell'arrogazione di un impubere non s'abusi a scopi di speculazione, cfr. II § 523 nota 17. § 524 nota 5. Perciò anche la ragione dell'arrogato vien meno colla raggiunta pubertà; ora l'arrogato può, se l'arrogazione gli è pregiudizievole, richiederne la revocazione, v. II § 525 nota 13. Di div. op. Francke, *Dir. degli eredi necessari* p. 473; in contrario Vangerow I § 252 osserv. Nr. 3, Sintenis III § 139 not. 48. Nel senso che l'arrogato non è tanto erede quanto legatario legittimo, v. l. 8 § 15 D. *de inoff.* 5. 2 (— « *quartam ei quasi aes alienum concedendam* »), l. 1 § 21 D. *de coll.* 37. 6 (— « *personalis actio est* »); sebbene, poichè la sua ragione tende pur sempre ad una quota dell'eredità, i principii della divisione ereditaria tornino ad essa applicabili, l. 2 § 1 D. *fam. erc.* 10. 2.

3. Secondo una pratica assai diffusa, ma non generalmente riconosciuta, i figli illegittimi, quando il padre li abbia riconosciuti e non lasci nè moglie nè figli legittimi, ricevono sul patrimonio di lui fra tutti la sesta parte, della quale essi però devono rilasciare alla loro madre una quota virile[12], ed un eguale diritto ereditario compete a sua volta al padre illegittimo verso i figli[13-14] (*d*).

(12) Il diritto romano nella Nov. 18 c. 5 e nella Nov. 89 c. 12 ha adottate le disposizioni indicate nel testo per i figli di concubina, ed il concubinato è proibito dal diritto canonico (p. es. c. 6 Dist. 34) e dalle leggi dell'impero (*Ord. di pol. dell'Imp.* 1548 Tit. 25 § 1. 1577 tit. 26 § 1). Che quelle disposizioni per diritto consuetudinario siano state trasferite ai figli illegittimi in genere, viene specialmente sostenuto nello scritto di Mayer, *Il diritto ereditario ab intestato dei liberi naturales secondo il diritto romano odierno* [das Intestaterbrecht der liberi naturales nach dem heutigen römischen Rechte] (1838), ed è riconosciuto nelle sentenze in Seuff., *Arch.* I. 87 (Trib. di Stuttgart), I. 88 (Trib. Sup. d'app. di Wiesbaden), VIII. 67 (Trib. Sup. d'app. di Darmstadt); v. pure Glück § 130, Sintenis § 165 not. 1, Schirmer § 12 not. 31 sg., Brinz 2ª Ediz. III p. 131. In contrario si sono pronunciate le sentenze in Seuff., *Arch.* VI. 223 (Trib. Sup. d'app. di Lubecca), XII. 343 (Trib. Sup. d'app. di Rostock e Trib. Sup. di Berlino), VII. 202 (Trib. Sup. d'app. di Celle), XXV. 40 (Trib. Sup. d'app. di Berlino), XXIX. 42 (Trib. Sup. di Berlino), XL. 215 (Trib. dell'Imp., *Sent.* XII p. 226). V. pure Holzschuher II § 134 Nr. 3. Böhlau, *Diritto territoriale del Mecklenb.* II p 29 sg. 32 sg. — Il riconoscimento dei figli per parte del padre è richiesto perchè essi altrimenti non potrebbero punto affermare di essere figli di questo padre. Il diritto romano esige che i figli sieno stati allevati in casa. Seuff., *Arch.* I. 88; XXIII. 236. — *Quid* se esistono figli illegittimi di diverse madri? Seuff., *Arch.* XXIII. 236. —Köppen, *Programma* p. 18, [*Sistema* p. 37 sg., *Trattato* § 61 nota 4], ritiene che anche in questo caso si faccia luogo ad un legato legittimo; per quanto mi pare, senza sufficiente ragione. — Nel caso d'esistenza d'una moglie o di figli legittimi gli eredi saranno obbligati soltanto all'alimentazione dei figli illegittimi. Nov. 89 c. 12 § 6.

(13) Nov. 89 c. 13. E la presupposizione di questo diritto ereditario è che il figlio illegittimo, o che il padre non abbia lasciata moglie nè figli legittimi? Per la prima opinione Schirmer § 12 nota 26; per l'ultima Schlesinger, *Arch. per la prat. civ.* L p. 207 sg., al quale è da assentire. Gli alimenti sulla eredità spettano anche al padre naturale in tutti i casi.

(14) La Nov. 89 c. 15 eccettua i figli nati da unione incestuosa; ma v. § 571 nota 13, e cfr. ib. nota 14.

IV. Della vocazione contro la volontà dell'ereditando (Diritto degli eredi necessari)*.

Introduzione.

§ 575.

La ragione ereditaria legittima di certe persone è così intensa, che essa si fa valere anche di fronte ad una contraria statuizione dell'ereditando. Tali persone si chiamano eredi necessari[1].

(*) Glück VI p. 527 sg., VII p. 1-490 (1800. 1804). Valett, *Il diritto del necessario riguardo testamentario per certi parenti ossia il c. d. diritto d'erede necessario* [das Recht der nothwendigen testamentarischen Berücksichtigung gewisser Verwandten oder das s. g. Notherbenrecht] (1826). Bluntschli, *Sviluppo della successione contro l'ultima volontà secondo il diritto romano con particolare riguardo della Novella* 115 [Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischen Recht mit besonderer Rucksicht auf die Novelle 115] (1829). Francke, *Il diritto degli eredi necessari e degli aventi diritto di legittima* [das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten] (1831). Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXV p. 76 sg. (fino alla p. 119 ancora Glück stesso). XXXVI. XXXVII. XXXVIII p. 1-117 (1832-1835). Arndts nel *Diz. G.* VIII p. 79-170 (1854). A. Schmidt (d'Ilmenau), *Il diritto formale degli eredi necessari* (1862). Schröder, *Il diritto degli eredi necessari.* Prima parte: *Il diritto anteriore alla Nov.* 115. Heidelberg 1877. — Rosshirt, *Diritto ereditario testament.* I p. 29 sg., Mayer § 85-112, Vering p. 373 sg., Köppen, *Sistema* p. 96 sg., *Programma* p. 38-88, Vangerow I § 467-489, Sintenis III § 195-200, Unger § 78-87. Sulla letteratura anteriore v. Francke p. 6-11. — Considerazioni dal punto di vista legislativo: 14° *Congresso dei giuristi tedeschi del* 1878, Vol. I fascicolo 1 p. 50 sg. 72 sg., Vol. II p. 59 sg. 267 sg., Schultzenstein, *Contributi di Gruchot* XXIII p. 661 sg. 812 sg. [Riemschneider, *Il diritto ereditario formale e materiale necessario del padre, ecc.* Dissertaz. di Erlangen 1898.]

(1) La maniera, in cui la ragione ereditaria legittima degli eredi necessari si fa valere di fronte ad una contraria disposizione dell'ereditando, consiste di regola in ciò che in base ad essa ragione, nonostante questa disposizione, si fa luogo alla vocazione legale alla eredità. Da ciò dipende la posizione, che qui si è assegnata nel sistema al diritto ereditario necessario. Ma sicuramente la ragione ereditaria legittima non reagisce, contro la disposizione dell'ereditando che la lede, esclusivamente nella indicata maniera, ma ben anche col rendere invalido un legato od un'altra disposizione dell'ereditando, o col dar fondamento ad una ragione personale contro l'erede istituito (*actio suppletoria*). Perciò altri non collocano il diritto ereditario necessario nella teoria della vocazione all'ere- § 575.

Nella evoluzione storica del diritto ereditario necessario romano[2] si presentano due principii. Il diritto romano più antico non conosce ragioni ereditarie legittime, che l'ereditando non potesse eliminare col contenuto delle sue disposizioni, ma solo ragioni alle quali l'ereditando deva rendere omaggio colla forma delle sue disposizioni (c. d. diritto ereditario necessario formale). Più precisamente; certe persone non possono essere taciute dall'ereditando all'atto dell'istituzione d'erede ; egli deve od istituirle, non importa per quanto, o diseredarle[2a]. Posteriormente il diritto romano ha limitato il testatore anche riguardo al contenuto della sua disposizione; a certe persone egli deve, non importa in qual maniera, lasciare almeno una parte di ciò che esse avrebbero ricevuto, se egli non avesse fatto testamento (c. d. diritto ereditario necessario materiale o diritto di legittima[3]). Giu-

---

dità, ma ne formano una parte speciale del diritto ereditario, della quale trattano dopo la teoria dei legati (così segnatamente Seuffert, Arndts, Tewes, Unger). Io non credo, che quest'ordinamento si raccomandi per opportunità. Poichè come effetto principale della lesione alle ragioni degli eredi necessari apparisce pur sempre la vocazione dell'erede necessario all'eredità, e tutto il resto di fronte a questo effetto si presenta soltanto come modificazione subordinata e come appendice. Cfr. Schröder p. 3 sg. — Sulla espressione « erede necessario » v. nota 3.

(2) Il punto di partenza del diritto romano è stato il riconoscimento della capacità testamentaria (*Testierfähigkeit*) incondizionata. L. 120 D. *de V. S.* 50. 16. Per contro Schirmer, *Riv. della fond. Sav.* II p. 180 sg. ritiene, che in Roma vi sia stata un'epoca, in cui di fronte alla esistenza di *sui* in genere non si potesse fare testamento; contro di lui Hölder, *Ib.* III p. 210 sg., Hofmann, *Studii crit.* p. 209 sg. La contemporaneità della facoltà di far testamento e della sua limitazione a favore dei *sui* è sostenuta da Hölder loc. cit. e *Contributi alla storia del diritto ereditario rom.* [Beiträge zur Geschichte des röm. Erbrechts] p. 88 sg.

(2a) Che in proposito si tratti semplicemente d'una prescrizione di forma, lo accentua Hofmann nella dissertazione menzionata nella precedente nota (p. 197 sg.).

(3) Altri, così specialmente Francke, fanno un antitesi fra aventi diritto alla legittima ed eredi necessarii, in quanto essi usano quest'ultima espressione solamente per gli eredi necessarii del diritto anteriore. V. in contrario Puchta § 485. *b*, Arndts, p. 80 not. 3. Cfr. pure Glück XXXV p. 81 sg., Heimbach, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* XIII p. 358 sg.

stiniano poi nella Novella 115 ha collegati fra loro entrambi i principii. Nella seguente esposizione questi diversi gradi di evoluzione saranno tenuti distinti; con ciò è essenzialmente agevolata la chiara visione del diritto vigente. Ma in proposito l'esposizione del diritto ereditario necessario più antico, del formale sarà più breve, poichè esso, secondo l'opinione qui sostenuta, è stato abrogato dalla Novella 115. — Non ha luogo alcuna ragione ereditaria necessaria di fronte ad una sostituzione pupillare[4] (e secondo il diritto romano, di fronte ad un testamento militare[5]).

---

(4) V. § 559 Num. 6.

(5) § 6 I. *de exher.* 2. 13, l. 27 § 2 l. 8 § 3. 4 D. *inoff.* 5. 2, l. 9. 24 C. *eod.* 3. 28. Fitting, *Il castrense peculium* p. 214 sg. (cfr. p. 365) contrasta ciò, in opposizione alla opinione dominante quanto al diritto della preterizione, perchè l'erede necessario del soldato perviene sicuramente all'eredità nel caso in cui il soldato all'atto del testamento non ne abbia conosciuta la esistenza, § 6 cit., l. 7-9 D. *de test. mil.* 29. 1, l. 9. 10 C. *eod.* 6. 21. Se non che in questo caso l'erede necessario non perviene all'eredità contro il volere dell'ereditando ma in riconoscimento della sua volontà. Diritto odierno: legge militare dell'Impero 2 maggio 1874 § 44 (cfr. § 537 nota 4*a*). Cfr. pure Schröder p. 572 sg. — Secondo la l. 37 C. *de inoff. test.* 3. 28 neppure il figlio di famiglia, che fa testamento circa al suo *peculium quasi castrense*, è tenuto ad aver riguardo ai suoi eredi necessari, e nel *peculium quasi castrense* qui si computa anche il *peculium castrense* di colui, che non è più soldato. (Cfr. su ciò come sul diritto anteriore Francke p. 447 sg., Mühlenbruch, op. cit. p. 196 sg., Fitting op. cit. p. 229 sg. 357, Schröder p. 575 sg.). Ciò è stato abolito (per gli ascendenti e i discendenti) dalla Nov. 115; v. pure Nov. 123 c. 19. Francke p. 444 sg., Mühlenbruch XXXV p. 216 sg., Fitting op. cit. p. 360 sg., Schröder p. 587 sg.

A. *Il diritto ereditario necessario formale* *.

1. Secondo il diritto civile **.

§ 576.

Secondo il diritto civile si debbono istituire o diseredare i *sui heredes*, cioè[1] quei discendenti[2] che stanno in potestà dell'ereditando e ne diventano liberi colla morte di lui[3]. Secondo il diritto dei Digesti vigono su ciò le seguenti regole più particolari: 1) I figli debbono essere diseredati nominativamente, cioè per designazione individuale; per le figlie e pei nipoti ecc., basta la diseredazione generica. — 2) I figli preteriti o non debitamente diseredati rendono nullo il testamento; le figlie e i nipoti ecc. preteriti vengono alla successione ereditaria in concorso cogli istituiti; cogli istituiti *sui* ciascuno per una quota virile, cogli estranei, tutti insieme per la metà. — 3) Il testamento diventa nullo anche per ciò, che dopo la confezione del testamento si presenta un *suus* di qualsiasi specie, per nascita (*postumus*) od in altra guisa (*postumus* in senso lato, *postumi loco*)[4],

---

(*) Oltre ai citati nel precedente § v. pure: A. G. Foerster, *De bonorum possessione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum* (1823). Leist, *Cont. di Glück* serie dei libri 37 e 38 II p. 15 sg. III p. 80 sg.

(**) Gai. II. 123-134. Ulp. XXII. 14-22. *Inst.* 2. 13 *de exheredatione liberorum*. Dig. 28. 2 *de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis*. Cod. 6. 28 *de liberis praeteritis vel exheredatis*. 6. 29 *de postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis*.

§ 576. (1) Gai. III. 2-6, Ulp. XXII. 14. 15, Paul. *sentent.* IV 8 § 3. 4. 7-12, § 2-5 I. *de her. quae ab int.* 3. 1, l. 1 § 2-8 D. *de suis*. 38. 16.

(2) Ma la moglie *in manu* è *filiae loco*, la moglie del figlio in *manus* di costui è *neptis loco*. Gai II. 139. 159. III. 3.

(3) Per la successione intestata è *suus heres* anche colui, che è *sui iuris* soltanto all'epoca della delazione della eredità intestata (quando dopo la morte del testatore vien meno il testamento da lui lasciato). L. 7 pr. D. *si tab. test. nullae* 38. 6, l. 1 § 8 D. *de suis*. 38. 16, § 7. 8 I. *de her. quae ab int.* 3. 1. Cfr. nota 6.

(4) Per via di *causae probatio* e secondo il diritto più recente per via di legittimazione, pel ritorno dalla prigionia, per l'essere ricaduto sotto la potestà dopo

prima o dopo della morte del testatore[5], purchè prima della devoluzione della eredità tastamentaria[6]; però queste persone possono in prevenzione essere istituite o diseredate[7], nominativamente o genericamente secondo la diversità dei casi[8]. — Giustiniano stabilì, che tutti i *sui* e *postumi* senza distinzione di sesso e di grado debbano istituirsi o nominativamente diseredarsi sotto pena di nullità del testamento[9].

---

la prima o la seconda mancipazione, per via di adozione e di *in manum conventio*, per mancanza del padre in vita dell'avo o dell'avo in vita del padre. Cfr. Ulp. XXIII. 3, Gai. II 138. III. 5, § 4 I. *de her. quae ab int.* 3. 1, § 1 I. *quib. mod. test.* 2, 17, § 2 I. *de exher. lib.* 2. 13, l. 29 § 1-5 D. *de lib.* 28. 2, l. 28 § 1 *eod.* (Fitting, *Il peculium castrense* p. 221 sg.).

(5) Per la successione intestata è *postumus* soltanto quegli che sopravviene dopo la morte dell'ereditando, per la successione necessaria anche colui che sopravviene come *suus* dopo il testamento. Cfr. l. 3 § 1 D. *de iniusto* 28. 3. — Anche dopo la morte dell'ereditando può sopravvenire un *suus* non solamente per nascita, il che è invero il caso principale (Gai. III. 4, Ulp. XXII. 15, § 2 I. *de her. quae ab int.* 3. 1), ma anche in altra maniera, p. es. per *causae probatio*, per essere ricaduto in potestà dopo la prima o la seconda mancipazione (Gai. III. 5. 6, § 4 I. *tit.* cit.). Se non che secondo la regola generale nessuno può (§ 535) presentarsi come *suus*, se in vita dell'ereditando non era almeno già concepito.

(6) Se l'eredità testamentaria si è già deferita, il testamento resta fermo, sebbene allora sopravvenga una persona, la quale, se l'eredità testamentaria non si fosse già deferita, verrebbe chiamata come *suus heres*, e che anche attualmente vien ancora effettivamente chiamata come *suus heres*, se la eredità testamentaria deferita non venga acquistata. L. 9 § 2 D. *de lib.* 28. 2, l. 7 pr. D. *si tab. test. nullae* 38. 6. Ed invero qui si tiene già per delazione la delazione condizionata, l. 9 pr. D. *de iniusto* 28. 3.

(7) Ulp. XII. 19. « *Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes futuri sunt, possumus heredes instituere, si quidem post mortem nostram nascantur ex iure civili, si vero viventibus nobis ex lege Iunia* ». (La legge menzionata in ultimo è indicata in altri passi come *lex Velleia* od *Iunia Velleia* od *Iulia Velleia*). Si riferisce a questo punto anche la molto discussa e criticamente difficile L. 29 D. *de lib.* 28. 2. Cfr. in genere Schmidt p. 25, Vangerow II § 468 e gli scrittori ivi citati. Schröder p. 45 sg. Uno scritto particolare sulla menzionata legge è quello di S. Amann, *I principi dell'odierna critica delle pandette cimentati sulla c. d. l. Gallus* [die Grundsätze der heutigen Pandektenkritik geprüft an der s. g. l. Gallus]. Monaco 1878. Cfr. Brinz, *Riv. crit. trim.* XX p. 177 sg.

(8) Ulp. XXII. 20. 21, Paul. *sentent.* III. 4 B § 10, § 1 I. *de exher. lib.* 2. 13, l. 3 pr. D. *de iniusto* 28. 3.

(9) L. 4 C. *de lib.* 6. 28 (a. 531), § 5 I. *h. t.*

2. Secondo il diritto pretorio*.

§ 577.

Il pretore non ha toccato il principio del diritto ereditario necessario, che trovò stabilito[1]; egli ha apportato mutamenti soltanto nei particolari. — 1) Hanno ragione ad essere istituiti o diseredati i *liberi*, cioè, oltre ai *sui*, quei discendenti, che invero non sono *sui*, ma però potrebbero esserlo[2], ad eccezione tuttavia di quelli, che si trovano in una famiglia (*Haus*) estranea[3]. — 2) Tutti i *liberi* maschi devono diseredarsi nominativamente; per le femmine basta la diseredazione generica. — 3) Ai *liberi* pre-

---

(*) Gai. II 135. 137, Ulp. XXII. 23. XXVIII. 2-4, § 3. 4 I. *de exher. lib.* 2. 13 § 12. I. *de her. quae ab int.* 3. 1. Dig. 37. 4 *de bonorum possessione contra tabulas*. Cod. 6. 12 *de bonorum possessione contra tabulas quam praetor liberis pollicetur.*

§ 577. (1) Vale a dire, il che qui solo importa, riguardo ai parenti; al patrono (e del pari al *parens manumissor*) il pretore aveva già accordato un diritto di legittima. Gai. II. 39 seqq., tit. I. *de successione liberorum* 3. 7. Cfr. Ad. Schmidt (d'Ilmenau), *Il diritto di legittima del patrono e del parens manumissor*, 1868. Leist, *Cont. di Glück*, serie dei libri 37 e 38 V p. 425 sg.

(2) Il caso principale, e da cui si son prese le mosse, è quello dell'*emancipatus*, il quale viene chiamato *rescissa capitis diminutione*, l. 6 § 1 D. *de B. P.* 37. 1, l. 3 § 5 l. 6 § 2 D. *h. t.* All'emancipato è stato poi equiparato colui che in altra maniera è uscito di potestà, l. 1 § 6 D. *h. t.* Inoltre si equipararono allo emancipato persone, che non furono mai nella patria potestà dell'ereditando (l. 5 § 1 D. *si tab. test. nullae* 38. 6); appartengono a questa categoria: il *suus* od *emancipatus* dell'emancipato o dello altrimenti uscito dalla potestà generato da lui dopo l'emancipazione ecc., l. 3 pr. l. 6 pr. l. 14 § 1 D. *h. t.*, l. 5 § 1 D. *si tab. test. nullae* 38. 6; il nipote emancipato dall'avo rispetto al padre rimasto nella potestà, come pure il nipote rimasto nella potestà di fronte al padre emancipato, l. 6 § 2 l. 7 l. 21 D. *h. t.*, l. 5 § 1 D. *si tab. test. nullae* 38. 6; colui, che per *causae probatio* ha col padre conseguita la cittadinanza, senza che ad un tempo a questo sia stata concessa la potestà sopra di lui, Coll. XVI. 7 § 2 (cfr. Gai. I. 93. 94). Ma non entrano nel novero dei *liberi* p. es. i figli d'un *peregrinus*, i figli d'una donna, i nipoti per via di figlie. V. l. 4 § 2 D. *h. t.*, l. 13 D. *de suis* 38. 16, § 5 I. *de exher. lib.* 2. 13.

(3) *Haus* (casa), *familia*. Gai. II. 137, § 4 I. *de exher. lib.* 2. 13, § 10. 12 I. *de her. quae ab int.* 3. 1, l. 3 § 6-8 l. 6 § 4 l. 9 l. 21 § 1 D. *h. t.* V. del resto anche l. 14 § 1 l. 17 D. *h. t.*

teriti o non validamente diseredati il pretore impartisce, su loro richiesta, una *bonorum possessio contra tabulas*, coll'effetto, che essi ricevono l'eredità per quella parte, che avrebbero ricevuta secondo le regole della successione ereditaria *ab intestato*[4]. Ma in concorso con essi si accorda collo stesso effetto la *bonorum possessio contra tabulas* anche ai *liberi* validamente istituiti[5], non invece anche ai validamente diseredati[6]. — 4) Colla concessione della *bonorum possessio contra tabulas* il testamento non viene privato di efficacia quanto al suo intiero contenuto, anzi vengono tenute ferme tutte insieme fino alla concorrenza d'una quota virile le istituzioni d'erede e i legati a favore d'ascendenti e discendenti cognatizi, inoltre il relegato della dote alla moglie e alla nuora[7]; per di più vien tenuta ferma la sostituzione pupillare contenuta nel testamento[8]. — Giustiniano ha anche qui imposta la diseredazione nominativa per tutti i liberi[9].

---

(4) L, 8 § 14 l. 11 § 1 D. *h. t.* Segnatamente quindi l'emancipato insieme ai suoi figli rimasti nella potestà dell'avo riceve soltanto una quota di figlio, ed invero egli riceve per conto suo personale la metà della stessa. Dig. 37. 8 *de coniungendis cum emancipato liberis eius.* — Secondo una disposizione di Marco Aurelio le figlie e le nipoti non debbono ricevere per via di *bonorum possessio contra tabulas* più di quanto avrebbero ricevuto secondo le regole del diritto ereditario necessario civile; Giustiniano ha abrogato ciò. Gai. II. 125. 126; l. 4 C. *de lib. praet.* 6. 28.

(5) Ed invero anche a coloro che si trovano *in aliena familia*, l. 8 § 11 l. 10 pr. D. *h. t.*

(6) Ma se accanto a loro esiste un *suus* non validamente escluso secondo il diritto civile, essi vengono *ab intestato* alla successione, poichè quest'ultimo rende nullo il testamento, l. 32 D. *de lib.* 28. 2, l. 1 § 9 D. *si tab. test. nullae* 38. 6; similmente se il testamento diviene caduco a causa della non adizione degli eredi istituiti, l. 20 pr. D. *h. t.*

(7) Dig. 37. 5 *de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita.*

(8) L. 34 § 2 D. *de vulg.* 28. 6.

(9) L. 4 C. *de lib.* 6. 28, § 5 I. *de exher. lib.* 2. 13.

B. *Il diritto di legittima prima della Novella* 115 *.

Introduzione.

§ 578.

Il diritto alla legittima nel giure romano deve la sua origine e la sua elaborazione alla pratica del tribunale centumvirale[1]. Nelle controversie fra gli istituiti nel testamento e gli eredi *ab intestato* questo tribunale metteva in non cale i testamenti, nei quali non fosse attribuita ai parenti prossimiori almeno una parte di quanto avrebbero ricevuto a norma di legge in caso che non fosse stato fatto alcun testamento[2]. Questa parte si chiama appunto quota legittima[3]. La istanza per far togliere di mezzo un tale testamento, che contro la pietà del sangue esclude dall'eredità i parenti più prossimi, è la *querela inofficiosi testamenti*[4].

1. Persone aventi diritto alla legittima.

§ 579.

Hanno diritto alla legittima i discendenti e gli ascendenti senza riguardo al grado[1], fra i collaterali i soli fratelli e

---

(*) Inst. 2. 18 Dig. 5. 2 Cod. 3. 28 *de inofficioso testamento.*

§ 578. (1) Il quale del resto si è ingerito notevolmente anche nello svolgimento del diritto relativo alla preterizione. Cic. *de orat.* I. 38, l. 4 pr. C. *de lib.* 6. 28.

(2) L. 2 D. *h. t.*: — « *hoc colore... quasi non sanae mentis... (fuerit qui) recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis* ». L. 5 D. *h. t.*, pr. I. *h. t.*

(3) *Portio legitima, debita.* Cfr. Francke p. 171, Schröder p. 275.

(4) L. 5 D. *h. t.* « *Huius autem verbi* DE INOFFICIOSO *vis illa est, docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum* ». L. 2 *eod.*: — « *recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis* ». Pr. I. *h. t.*: — « *queruntur, aut inique se exheredatos aut inique praeteritos* ».

§ 579. (1) E senza riguardo all'agnazione già secondo il diritto dell'epoca classica, per modo che anche il figlio illegittimo ha una ragione alla legittima contro sua madre, L. 1. 5. 15 pr. l. 29 § 1 l. 30 pr. D. *h. t.*, pr. § 1 I. *h. t.*

sorelle[2], ed anche questi soltanto sotto la doppia presupposizione, che siano generati dallo stesso padre del defunto[3], e che ad essi sia stata preferita una persona non onorevole[4]. L'adozione dà diritto a legittima nella famiglia adottiva (a favore dell'adottato e verso di lui) alla stregua del diritto ereditario *ab intestato* che essa produce[5], se essa è piena[6]; inoltre continua a sussistere il diritto a

---

(2) L. 21 C. *h. t.*, § 1 i. f. I. *h. t.* Ulpiano ancora dice: « *cognati... qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent* », l. 1 D. *h. t.* Non si può dire, che colla Nov. 118, la quale nella successione *ab intestato* ha equiparati ai fratelli e sorelle i figli dei fratelli e sorelle, anche questi ultimi siano diventati legittimari; poichè l'illazione da pari diritto ereditario *ab intestato* a pari diritto di legittima non è giustificata. Il diritto di legittima ha la sua base positiva nella prossimità del grado di parentela, il diritto ereditario *ab intestato* ne è soltanto la presupposizione negativa (nota 8). Cfr. Glück VII p. 12-14, Francke p. 193, Arndts p. 156, Schröder p. 263.

(3) Quindi non sono esclusi i fratelli e le sorelle unilaterali in genere, ma soltanto i fratelli e le sorelle unilaterali per parte di madre. L. 27 C. *h. t.* Invece neppur qui si bada all'agnazione, l. 27 cit. (diversamente nel testo originario l. 1 C. Th. *h. t.*). — Che questa limitazione dei fratelli e sorelle unilaterali sia stata soppressa dalla Nov. 118, può tanto meno affermarsi (cfr. nota 2), in quanto già la l. 15 § 2 C. *de leg. her.* 6. 58 ha equiparati nella successione *ab intestato* gli *uterini* ai *consanguinei* (ed invero persino ai bilaterali). Glück VII p. 12-16, Francke p. 192. 193, Arndts p. 156, Schröder p. 262.

(4) L. 27 C. *h. t.* (cfr. l. 3 C. Th. *h. t.* 2. 19), § 1 I. *h. t.* Cfr. Francke p. 194 sg. Seuff., *Arch.* I. 91, V. 210. 301, VII. 340, XXIII. 151. *Sent. del Trib. dell'Imp.* XIV p. 187. *Fogli per l'applicaz. del d. specialmente in Baviera*, volume supplementare alle annate 31ª e 32ª p. 353 sg. Sopra una antica opinione, nell'epoca moderna nuovamente affacciata (Marezoll, *Onore civile* [bürgerl. Ehre] p. 256 sg. e *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* I p. 185 sg. V p. 178 sg.), secondo cui i fratelli e le sorelle avrebbero non tanto un diritto di legittima, quanto piuttosto il diritto di espellere per causa d'indegnità gli eredi istituiti, quindi anche quando essi non sono lesi nella loro legittima, v. Francke p. 198-201, Glück XXXV p. 89-119, Mühlenbruch, *Ib.* 119-139, Vangerow II § 474 osserv. I Nr. 3, Schröder p. 263 sg.

(5) V. § 571 nota 6. Cfr. § 593 sulla nota 4.

(6) L. 10 C. *de adopt.* 8. 47 [48]. Se essa non è piena, dà solamente un diritto ereditario *ab intestato*, non un diritto necessario verso il padre adottivo, l. 10 C. cit. Cfr. § 571 nota 5. 7. L'adozione per parte d'una donna produce fra essa e l'adottato un rapporto filiale (l. 5 C. *de adopt.* 8. 47 [48]) e quindi reciproco diritto di legittima, v. pure l. 29 § 3 D. *h. t.* Glück VII p. 373 sg., Francke p. 185 sg., Mühlenbruch XXXV p. 183 sg., Schröder p. 239.

legittima nella famiglia naturale, anche quando l'adozione è piena[7].

Ma a tutte le persone, che in sè e per sè hanno diritto a legittima, la ragione di legittima spetta nel singolo caso solo quando nel caso stesso esse sarebbero anche effettivamente state i più prossimi eredi *ab intestato*[8] o

---

(7) Controverso. Si afferma, in base alla l. 10 C. *de adopt.* 8. 47 [48], che l'adottato non ha diritto di legittima verso il padre carnale, ecc. (Glück VII p. 11, Francke p. 182 sg., Büchel, *Controversie nascenti dalla Novella* 118 p. 70 sg., Arndts p. 112, Sintenis III § 139 not. 55, Vangerow II § 474 osserv. Nr. 1, [Dernburg III § 149 nota 3]), e in conseguenza di ciò si nega anche al padre carnale il diritto di legittima verso l'adottato (Arndts p. 122; contro ciò Francke, Vangerow loc. cit. Nr. 2. *b*, in favore anche Mühlenbruch XXXV p. 221 sg.). Ma comunque si possa del resto intendere la l. 10 cit. (cfr. § 571 nota 10), io non credo si possa negare, che essa ricusa all'adottato un diritto ereditario necessario verso il padre carnale soltanto per ciò che essa non riconosce nell'adottato l'indispensabile diritto ereditario *ab intestato* (od affatto od almeno un diritto ereditario di figlio), e ciò (il che invero non è neppure generalmente riconosciuto, cfr. § 571 nota 10) fu mutato dalla Nov. 118. Cfr. pure Mühlenbruch XXXV p. 179 sg. e, per quanto concerne il diritto di legittima del padre naturale verso il figlio adottivo, l. 30 pr. D. *h. t.* (in contrario Arndts p. 122 nota 182). Concorda con quanto qui si dice Schröder p. 231 sg. 248 sg. [Schmöle, *Diritto ereditario necessario degli adottati contro il loro padre naturale* (Notherbenrecht der Adoptirten gegen seinen leiblichen Vater), dissertazione inaugurale di Lipsia 1888 (contro il diritto ereditario necessario)].

(8) Il diritto ereditario *ab intestato* non è la base positiva del diritto di legittima (nota 2); ma senza diritto ereditario *ab intestato* la ragione alla legittima è priva d'oggetto, perchè essa è diretta ad una frazione della porzione intestata. Ed invero colui che in sè e per sè ha diritto alla legittima nel singolo caso non è solo escluso da un erede *ab intestato* più prossimo quando anche questo è legittimario, ma anche quando lo stesso non appartiene ai legittimarî (un *minus plene adoptatus* di fronte agli ascendenti e ai fratelli e sorelle, un figlio di fratello o sorella di fronte ad un fratello o ad una sorella consanguinei). A quest'ultimo riguardo è di diversa opinione Puchta § 488.*f*; in contrario Mühlenbruch XXXV p. 140 sg., Arndts p. 123, Vangerow § 474 osserv. 2 Nr. 1, Schröder p. 265 sg. — Gli eredi *ab intestato* egualmente prossimi hanno pari ragione a legittima. Contro l'opinione, che i fratelli o le sorelle siano esclusi dagli ascendenti (Glück VII p. 11. 377, Bluntschli p. 153, Puchta § 488.*g*), v. Francke p. 202 sg., Mühlenbruch XXXV p. 232 sg., Arndts p. 158, Vangerow II § 474 osserv. 2 Nr. 2, Sintenis III § 196 not. 1, Schröder p. 269.

per che viene a mancare il prossimiore che le precedeva, del quale non s'era tenuta il debito conto, diventano i più prossimi eredi *ab intestato*[9].

2. Ammontare della quota legittima.

§ 580.

La quota legittima fino a Giustiniano ascendeva alla quarta parte della porzione ereditaria *ab intestato*[1]; Giustiniano la elevò[2] in tutti i casi ad un terzo[3], ed alla metà[3]

---

(9) Prima della morte dell'ereditando od anche dopo. L. 31 pr. D. *h. t.* « *Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est. Et placuit posse, ut fiat successioni locus* ». L. 14 *eod.* La l. 34 C. *h. t.* si può difficilmente spiegare altrimenti (cfr. invero anche l. 2 pr. D. *de bon. lib.* 38. 2, Schmidt, *Diritto di legittima del patrono, ecc.* p. 38. 39, inoltre Fitting, *Arch. per la prat. civ.* LIX p. 433 sg., Merkel, *Successio graduum* p. 44 sg.) che coll'ammettere, che al tempo della stessa non vigeva nella successione *ab intestato* una *successio graduum* nella classe dei discendenti (§ 573 nota 4). Cfr. in genere Glück VII p. 378 sg., Francke p. 276 sg., Mühlenbruch XXXV p. 474 sg., Vangerow II § 480 osserv. 2, Köppen, *Programma* p. 48. 49, Dedekind, *Riconoscimento di disposizioni d'ultima volontà non valide* [Anerkennung ungültiger letztwilliger Verfügungen] p. 94 sg., Schröder p. 458 sg., Seuff., *Arch.* XVIII. 153.

(1) *Quarta legitimae partis*, § 3 I. *h. t.; quarta debitae portionis*, l. 8 § 8 D. *h. t.; quarta pars ab intestato successionis*, l. 31 C. *h. t.* § 580.

(2) Nov. 18 *praef.* c. 1. 2. La Novella parla in prima linea soltanto di figli, ma aggiunge poi: « *hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est* ». L'opinione dominante ha inteso questo passo sempre nel senso, che con esso si equiparino ai figli tutti i legittimari. Però è anche stata sostenuta una interpretazione più limitata (così fra i moderni da Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* I p. 251 sg. V p. 178 sg., secondo cui l'estensione si riferirebbe soltanto agli altri discendenti); in contrario Glück VII p. 27 sg., Francke p. 208 sg., Mühlenbruch XXXV p. 238 sg., Heimbach, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* XIII p. 397 sg., Arndts p. 124 sg., Vangerow II § 475 osserv. 1 Nr. 1, Schröder p. 276 sg. V. pure Nov. 89 c. 12 § 3, Seuff., *Arch.* XXV. 143.

(3) Ma Giustiniano non dice: ciascun figlio deve avere $^1/_3$ o rispettivamente $^1/_2$ della sua porzione *ab intestato*, bensì: i figli tutti insieme debbono avere $^1/_3$ o rispettivamente $^1/_2$ della eredità. Ha egli con ciò voluto introdurre un nuovo sistema di computo? L'una e l'altra specie di computo conduce ad un diverso

pel caso, in cui la porzione *ab intestato* importi meno d'un quarto dell'asse ereditario[4].

3. Lascito della quota legittima.

§ 581.

La quota legittima può lasciarsi non solamente per mezzo d'istituzione d'erede, ma anche per via di legato[1], e non meno, per mezzo di donazione a causa di morte[2]. Anche ciò che il legittimario ha ricevuto dall'ereditando per elar-

---

risultato, se accanto ai legittimari vi siano altri eredi intestati legittimari o validamente esclusi. La questione è da risolvere in senso negativo; cfr. Nov. 18 c. 2 (vv. *praeter solam quantitatem*), inoltre § 7 I. *h. t.*, Nov. 22 c. 48. Così anche l'opinione dominante. Glück VII p. 29 sg., Francke p. 211 sg., Mühlenbruch XXXV p. 256 sg., Arndts p. 125, Vangerow II § 475 osserv. 1 Nr. 2, Schröder p. 278 sg. [Dernburg III § 150 nota 5].

(4) Giustiniano, come s'è detto, parla soltanto del caso in cui l'ereditando ha lasciato unicamente figli: ma come è da computare la legittima dei nipoti? Che la legittima dei nipoti ascenda alla metà, se la loro quota di stirpe (la parte di eredità, che secondo la successione *ab intestato* essi hanno da dividere fra loro) importa meno d'un quarto della eredità, è intuitivo; che lo stesso analogamente deve dirsi anche quando la loro quota di stirpe, sebbene maggiore d'un quarto della eredità, si divide fra loro stessi in più di quattro parti, non può facilmente contrastarsi. Ma *quid*, se nè l'uno nè l'altro caso si verifica? Anche allora la loro legittima si deve, in date circostanze, elevare alla metà, ed invero secondo la regola seguente: se Giustiniano ha voluto, che la elevazione alla metà debba aver luogo allorchè $^1/_1$ si scompone in più di quattro parti ($4 = ^1/_1$), egli ha anche voluto, che l'elevazione alla metà debba aver luogo, allorchè $^1/_1$ (la quota di stirpe) si scompone in più di $^4/_x$ parti. Da ciò si desume, che la massima del testo è vera anche per i nipoti; e similmente per gli ascendenti nella divisione in linee. Però le opinioni qui sono divise. Cfr. Glück VII p. 60 sg., Francke p. 221 sg., Mühlenbruch XXXV p. 272 sg., Arndts p. 127 sg., Riedel, *Riv. pel dir. e per la proc. civ. N. S.* IX p. 272 sg., Vangerow loc. cit. Nr. 4, Schröder p. 289 sg.; Seuff., *Arch.* XVI. 133, XIX. 249. — Nel calcolo della porzione *ab intestato* sono da computare tutti gli eredi *ab intestato*, inclusa la vedova povera, anche i non legittimari, anche i validamente esclusi; non però quelli, che in vita dell'ereditando hanno rinunziato al loro diritto ereditario. Cfr. su ciò Glück VII p. 99 sg. 121 sg., Francke p. 212 sg., Mühlenbruch XXXV p. 263 sg., Arndts p. 125 sg., Vangerow loc. cit. Nr. 3, Schröder p. 280 sg.

§ 581. (1) § 6 I. *h. t.*, l. 33 pr. l. 36 § 1 [pr.] C. *h. t.*

(2) § 6 I. *h. t.*, l. 8 § 6 D. *h. t.*, l. 36 § 1 [pr.] C. *h. t.*

gizione fra vivi deve, sotto certe presupposizioni, computarsi nella quota legittima[3], cioè, se l'elargizione consiste in una dote[4], in una donazione per causa di matrimonio[4] od in un impiego che si compra[5] o se l'ereditando ha espressamente fatta la elargizione sulla quota legittima[6]. Non si computa nella quota legittima quanto il legittimario non riceve dal patrimonio dell'ereditando[7], o bensì dal

---

(3) Non deve però meno computarsi nella eredità anche per il calcolo della legittima; appunto si computa al legittimario come ricevuto dalla EREDITÀ. Cfr. Unger § 81 nota 11.

(4) L. 29 C. *h. t.* (altrimenti secondo il diritto anteriore, l. 1 C. Greg. *h. t.* 2. 3, ed. Haenel). In proposito però si presuppone che l'ereditando autore della elargizione fosse un ascendente. L. 29 cit. Seuff., *Arch.* VII. 75.

(5) L. 30 § 2 C. *h. t.* Cfr. Arndts, *Diz. G.* III p. 846 nota 201, e, relativamente alla odierna applicabilità di questa disposizione, Francke p. 238, Mühlenbruch XXXV p. 304, inoltre Glück XIX p. 302, Fein, *Collazione* p. 263. Cfr. pure Mommsen, *Diritto pubblico romano* [röm. Staatsrecht] I p. 266. 269.

(6) § 6 I. *h. t.*, l. 25 pr. D. *h. t.*, l. 35 § 2 C. *h. t.* Cfr. l. 3 § 18 D. *de bon. lib.* 38. 2. — Contro l'opinione effettivamente priva di base (l. 20 C. *de coll.* 6. 20, sebbene essa venga fondata proprio su questo passo), che la donazione ordinaria sia da imputare anche quando ad un altro legittimario si imputa una *dos* o una *donatio*, v. Francke p. 239 sg., Mühlenbruch XXXV p. 305 sg., Arndts p. 132, Schröder p. 311. Cfr. Seuff., *Arch.* XIV. 151, XVIII. 97, XLI. 199.

(7) Quindi specialmente non quanto egli riceve come sostituito pupillare o quasi pupillare (non dal patrimonio dell'ereditando, v. nota 8), non l'usufrutto che s'accresce alla proprietà, l'alluvione che s'accresce al fondo. L. 36 § 1 [pr.] C. *h. t.* « *Repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est vel ex substitutione vel ex iure accrescendi, puta ususfructus* ». Si è faticato molto intorno a questo passo; la spiegazione data qui si attiene esattamente alle parole, e conduce ad un risultato interamente soddisfacente. Altri (Francke p. 231 sg., Mühlenbruch XXXV p. 294 sg., Arndts p. 231, Schröder p. 314 sg., Vangerow II § 476 osserv. 2, Sintenis III § 196 not. 10) riferiscono la « *substitutio* », di cui nel passo, alla sostituzione volgare, lo « *ius accrescendi* » al tecnicamente così detto diritto d'accrescimento, e giungono per questa guisa alla regola affatto diversa, che nella legittima non si computi quanto l'erede necessario riceve dalla eredità soltanto successivamente (dopo la morte dell'ereditando) in conseguenza d'una circostanza accidentale — mentre disputano solo su ciò, se questa regola vada limitata ai legati od estesa alle istituzioni d'erede. Altri ancora (Mayer § 88 nota 12, Brinz 1ª ed. p. 848, 2ª ed. II § 405 nota 16) interpretano altrimenti almeno lo *ius accrescendi* del passo,

patrimonio dell'ereditando, ma non per elargizione di lui[8], neppure ciò che egli riceve bensì dal patrimonio dell'ereditando e per elargizione di lui, ma soltanto dopo proposta l'azione d'impugnativa[9]. — In quei casi, in cui quanto

---

cioè per l'accrescimento che ha luogo fra due legatari d'usufrutto anche dopo l'acquisto dell'usufrutto. [Dernburg III § 151 nota 1.] — *Quid* rispetto a quanto l'erede necessario riceve in base ad una disposizione del testamento *condicionis implendae gratia?* L'opinione dominante (Francke p. 233, Mühlenbruch XXXV p. 294, Arndts p. 130) non vuole che neppur ciò s'imputi nella legittima, perchè del pari non proviene dal patrimonio dell'ereditando (l. 36 D. *de m. c. don.* 39. 6). Certo non immediatamente; ma però mediatamente. È pur sempre una diminuzione di quanto fu elargito all'onorato del patrimonio del testatore; è quasi una cosa data in permuta contro l'elargizione del testatore. Collo stesso diritto, con cui si esclude ciò che è dato *condicionis implendae gratia*, si potrebbe anche escludere il legato di cosa altrui dalla imputazione nella legittima. Neppure la l. 8 § 10 D. *h. t.* è così priva di efficacia probante, come si pretende. È bensì vero, che nel principio del passo si fa valere il punto di vista che nel ricevere ciò che è dato *condicionis implendae gratia* si contiene una rinunzia alla impugnativa del testamento, ma è altrettanto recisa alla fine del passo la ragione determinante, che mediante la « *oblatio* » da parte dell'onorato sia « *satisfactum* » all'erede necessario. Come avrebbe altrimenti potuto sollevarsi il dubbio, se il ricevere anche dopo l'acquisto nuoccia alla querela (« *numquid semel natam inofficiosi querelam peremat legatarii oblatio* »)? V. finalmente anche la l. 3 § 19 D. *de bon. lib.* 38. 2, nel qual passo invero le parole finali « *si tamen de bonis sit liberti profectum* » fanno difficoltà, ma di ciò non può qui in breve trattarsi. Cfr. pure Unger § 81 not. 6, Schmidt, *Diritto di legittima del patrono, ecc.* p. 73, Schröder p. 329 sg.

(8) Quale erede dell'onorato. Cfr. l. 31 § 2 D. *h. t.*, nel qual passo il criterio della decisione è, a dir vero, diverso. Seuff., *Arch.* XXIX. 252 (altrimenti *ib.*, VII. 75). Non si può dire, che in questo caso l'imputazione sia esclusa già per ciò, che l'erede necessario quel che ha non lo ha dal patrimonio dell'ereditando. ERA tuttavia patrimonio dell'ereditando. Se fosse indispensabile che l'erede necessario ricevesse la legittima direttamente dalle mani dell'ereditando, la legittima non avrebbe potuto essere coperta neppure per via di fedecommesso e di legato *per damnationem*. V. anche la nota precedente. Perciò io non credo neppure che si possa escludere dalla imputazione quello che l'erede necessario riceve per sostituzione pupillare sul patrimonio dell'ereditando, sebbene invero l'opinione dominante ritenga il contrario. Francke p. 233, Arndts p. 130, Brinz 1ª ediz. p. 848, Schröder p. 327. — Forma eccezione alla massima qui stabilita la *quarta divi Pii* (§ 574 nota 11, § 593); per essa la legittima, quando ammontava solamente ad un quarto, era coperta, l. 8 § 15 D. *h. t.*

(9) P. es. coll'avveramento del caso di sostituzione, o del caso d'accrescimento, o con ciò, che l'onorato sotto condizione d'una prestazione agli eredi

fu elargito al legittimario non consiste nella relativa quota dell'eredità[10], per la soluzione della questione, se con quanto fu elargito sia coperta la quota legittima, diventa necessaria una stima tanto delle cose elargite quanto dell'asse ereditario. Al riguardo si dee por mente al tempo della morte dell'ereditando[11], e dedursi dalla massa oltre i debiti anche le spese funeratizie[12].

§ 582.

Una condizione o un termine aggiunti all'elargizione fatta agli eredi necessari contiene una violazione della legittima, sebbene l'importo dell'elargizione corrisponda alla quota legittima o la superi; ma Giustiniano ha disposto che una tale condizione o termine si cancelli in quanto è necessario per render libera la quota legittima[1]. Similmente Giustiniano ha disposto, che un onere od una restrizione d'altro genere imposto alla elargizione debba

necessari adempia alla condizione. L. 8 § 10 D. *h. t.*: — « *Ego eventum puto sequendum in hac re, ut si forte, antequam iudicium moveatur, oblatio ei fiat eius quod relictum est, quasi ex voluntate testatoris oblato eo, satis ei factum videatur* ». Questo è quindi il vero elemento della regola rigettata nella nota 7.

(10) Sia che questa quota gli sia stata elargita per via di istituzione o di legato d'eredità, come tale o come « legittima ».

(11) Per modo che quindi gli aumenti e le diminuzioni posteriori non nuociono e non giovano all'erede necessario. L. 6 C. *h. t.*; cfr. l. 3 § 20 l. 44 § 2 D. *de bon. lib.* 38. 2. — Se l'erede necessario ha la sua legittima come quota ereditaria, egli naturalmente è pure colpito dai posteriori aumenti e diminuzioni dell'eredità. Contro l'idea affatto storta di Mühlenbruch XXXV p. 277 sg., che anche in questo caso la legittima sia da calcolare secondo il tempo della morte di colui che lascia l'eredità (la qual idea del resto Mühlenbruch però non svolge poi logicamente), v. Arndts p. 130 nota 225. Seuff., *Arch.* XL. 124.

(12) L. 8 § 9 D. *h. t.* Lo stesso accade nel computo della quarta Falcidia (l. 1 § 19 l. 2 D. *ad leg. Falc.* 35. 2), la cui analogia è da seguire anche nel resto. Francke p. 226 sg., Mühlenbruch XXXV p. 276 sg., Arndts p. 128. 129, Schröder p. 294 sg.

(1) L. 32 l. 36 pr. § 1 C. *h. t.* § 582.

cancellarsi in quanto ne venga lesione alla legittima[2]. Con la cancellazione d'una aggiunta lesiva della sua legittima il legittimario non perde quanto l'elargizione dell'ereditando gli concede o gli pone in aspettativa in più della quota legittima[3], se l'ereditando non lo ha espressamente ordinato. Con una tale statuizione l'ereditando ha in mano un mezzo per determinare il legittimario al volontario riconoscimento della disposizione da esso ereditando fatta nella figura in cui egli l'ha fatta[4].

Lo stesso intento delle disposizioni di Giustiniano sopra menzionate ha l'ulteriore disposizione di lui, che nel caso d'evizione d'una cosa data a copertura della legittima debba competere all'erede necessario soltanto una ragione di risarcimento[5]. Ma Giustiniano su questa strada è andato

(2) L. 32 C. *h. t.*, Nov. 18 c. 3. L'ultimo passo decide specialmente il caso, in cui l'erede legittimario è bensì istituito erede per il tutto, ma ad un altro è lasciato l'usufrutto della eredità. Cfr. Seuff., *Arch.* XIII. 107. — Un onere, condizionale o a termine, di restituire quanto fu elargito, contiene una lesione della legittima anche per il caso in cui il provento dei frutti del frattempo copra la legittima? In sè e per sè tale questione va risoluta in senso negativo (beninteso colla limitazione che può imputarsi soltanto il reddito dell'importo della elargizione che supera la legittima), e così decide anche la l. 8 § 11 D. *h. t.* Ma diversamente è ben da risolvere la questione secondo la l. 36 § 1 [pr.] C. *h. t.* (§ 581 nota 7). Difficilmente potrebbe essere nella mente di Giustiniano il calcolare anche il reddito del patrimonio lasciato dal testatore sulla « *ipsa substantia patris* », non su ciò che fu guadagnato « *adventicio iure* ». Cfr. pure l. 6 pr. C. *ad SC. Treb.* 6. 49, e Mühlenbruch XXXV p. 325, Arndts p. 134, Schröder p. 370 sg.; di div. op. Brinz 2ª ediz. II § 405 nota 38. — Un onere condizionale di restituire quanto fu elargito non contiene meno una lesione della legittima per ciò che di fronte ad esso sta una elargizione a favore del condizionalmente onerato per il caso opposto, del che si dee fare speciale applicazione al caso di reciproca sostituzione di due legittimari; la l. 12 C. *h. t.* non contraddice. Però le opinioni su questa legge sono divise. Cfr. Glück VII p. 77, Mühlenbruch XXXV p. 327, Puchta, *Lez.* II p. 401, Rudorff, *Ann. del d. comune* V p. 261 sg.

(3) L. 36 § 1*c*-1*e* [1] C. *h. t.*

(4) C. d. *cautela Socini*, così denominata (a torto) dal nome del giurista Mariano Socino il giovine, di Siena († 1556). Cfr. Glück VII p. 86 sg., Francke p. 247 sg., Arndts p. 135 sg., Schröder p. 377 sg., Seuff., *Arch.* IV. 206, XI. 165, XIX. 174.

(5) L. 36 § 1 [pr.] C. *h. t.* Schröder p. 343 sg.

ancor più oltre, ed ha disposto, che in tutti i casi, nei quali all'erede necessario sia stata data solamente qualche cosa, non debba farsi luogo alla nullità del testamento, ma soltanto al completamento della quota legittima[6].

Per garantire contro eventuali ritardi nell'esecuzione una disposizione, colla quale è lasciata la quota legittima, Giustiniano ha disposto, che un discendente, il quale deve rimettere ad un altro discendente qualche cosa come quota legittima ed aspetta a farlo fino alla sentenza, deve essere condannato ad un terzo di più[7].

---

(6) L. 30. 31. 36 pr. C. *h. t.*, § 3 I. *h. t.* Cfr. del resto anche Paul. *sent.* IV. 5 § 7 ed al riguardo Schröder p. 483 sg., Fitting, *Riv. per la st. del dir.* XI p. 439, cfr. pure Leist, *Cont. di Glück* serie dei libri 37 e 38 V p. 519 sg. — Questioni: 1) Vige la disposizione Giustinianea anche per il caso in cui la legittima è data con una elargizione fra vivi? Sì; v. l'interpolazione nella l. 25 pr. D. *h. t.* (« *aut si minus habeat, quod deest viri boni arbitratu repleatur* »). Cfr. Mühlenbruch XXXVI p. 7 sg. 16 sg., Schröder p. 487 sg. — 2) Vige la disposizione anche per il caso, in cui l'ereditando abbia espressamente dichiarato, che il legittimario non debba ricevere più di quanto gli è elargito? A tale domanda rispondono negativamente Bluntschli p. 178, Arndts p. 103, Puchta § 489 i. f. 490. *n*, Köppen, *Programma* p. 57. 68. 69, Schröder p. 489 sg. A torto. Invero Giustiniano muove senza alcun dubbio dal concetto, che si debba ritenere, che il completamento stia nell'intenzione dell'ereditando; ciò si desume dalle parole della l. 30 cit.: « *sive adiciatur testamento de implenda legitima portione sive non* » (colle quali è da confrontare la l. 4 C. Th. *h. t.* 2. 19), e più ancora dalla disposizione, pur di Giustiniano, che il completamento non possa ricusarsi per causa d'indegnità del legittimario, se l'ereditando non abbia egli stesso indicato questo come indegno. Ma l'argomento che, considerando il legislatore il completamento come conforme alla intenzione dell'ereditando, l'abbia voluto escludere per il caso, in cui tale intenzione non vi sia, è troppo affrettato, e di fronte alla molto recisa maniera d'esprimersi del passo è inammissibile. Cfr. pure Francke p. 340, Mühlenbruch XXXVI p. 23, Arndts, *Pand.* § 605 not. 4. — Cfr. pur anche § 583 nota 4.

(7) L. 33 pr. C. *h. t.* Cfr. II § 263 note 14. 15 e Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* III p. 362 sg.; inoltre Glück VII p. 92, Francke p. 339. 340, Mühlenbruch XXXVI p. 27 sg., Sintenis III § 196 not. 20, Seuff., *Arch.* XIV. 245.

---

4. Giusta esclusione dalla quota legittima.

§ 583.

Nell'esclusione dalla legittima non vi è sempre una lesione dei legittimari. Essa non vi è:

1) Se il legittimario pei suoi diportamenti ha meritata la esclusione[1]. Il decidere se egli abbia meritata l'esclusione è in generale rimesso all'apprezzamento del giudice[2]. Però la legge fornisce alcuni criteri[3]. La dichiarazione del testatore, che il legittimario abbia meritata l'esclusione, è necessaria solo quando l'esclusione non è totale[4]. Quanto all'onere della prova tocca anzitutto all'escluso di dar la prova della sua buona condotta; e se in contrario l'istituito allega fatti, da cui risulterebbe la mala condotta dell'escluso, la prova di questi fatti naturalnente incombe a lui[5].

2) Nella esclusione dalla legittima non vi è neppure una lesione del legittimario quando l'esclusione è avvenuta

---

§ 583. (1) « *si meruit exheredari* », l. 132 pr. D. *de V. O.* 45. 1. L. 5 [§ 1] D. *h. t.*: « *Huius autem verbi de inofficioso vis illa... est, docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum* ». L. 7 pr. D. *de bon. damn.* 48. 20. Che ciò valga anche pei fratelli e sorelle, cui sia stata anteposta una *turpis persona*, fu a torto posto in dubbio per lo innanzi. Francke p. 291, Mühlenbruch XXXVII p. 381 sg., Arndts p. 159, Schröder p. 348.

(2) Cfr. l. 3 § 5 D. *de B. P. c. t.* 37. 4. — Era altrimenti rispetto ai motivi che autorizzavano il liberto ad escludere il patrono dalla legittima; essi erano positivamente fissati. Cfr. Schmidt, *Diritto di legittima del patrono ecc.* p. 42 sg. — Seuff., *Arch.* V. 120.

(3) L. 18. 19. 20. 23. 28 l. 33 § 1 C. *h. t.* V. pure Nov. 115 c. 3 § 12, Nov. 22 c. 47. Cfr. Glück VII p. 205 sg., Francke p. 292, Mühlenbruch XXXVII p. 382 sg.

(4) L. 30 pr. C. *h. t.* Cfr. § 582 nota 6 Num. 2. Francke p. 290.

(5) L. 3. 5 D. *h. t.*, l. 28 C. *h. t.*, l. 22 l. 30 pr. l. 34 C. *h. t.*, Nov. 92 c. 1 § 1. Mühlenbruch XXXVII p. 123 sg., Arndts p. 101 — contro Francke p. 291 sg., che in massima addossa la prova all'istituito. A quest'ultimo tien dietro Schröder p. 350.

con intenzione benigna[6] e nell'interesse ben inteso del legittimario[7]. Sotto la stessa presupposizione è anche ammissibile lo imporre condizioni ed altri oneri alla liberalità fatta al legittimario[8] [9].

(6) C. d. *exheredatio bona mente facta*. Cfr. l. 18 D. *de lib.* 28. 2. « *Multi non notae causa exheredant filios nec ut eis obsint, sed ut eis consulant...* ». L. 12 § 2 D. *de bon. lib.* 38. 2. « *Si quis non mala mente parentis exheredatus sit, sed alia ex causa.....* ». Letteratura: Glück VII p. 255 sg., Francke p. 422 sg., Mühlenbruch XXXVII p. 391 sg., Arndts, *Diz. G.* III p. 901 sg., Schmidt, *Diritto formale degli eredi necessari* p. 166 sg., K. Schmidt, *Arch. per la prat. civile* LIV p. 357 sg. (1871), Schröder p. 354 sg., Mayer I § 106. 107, Sintenis III § 197 not. 24 sg., Seuff., *Arch.* III. 86, XXXI. 252, XXXVIII. 327, Buchka e Budde, *Sent. del Trib. Sup. d'app. di Rostock* III p. 289 sg.

(7) L. 16 pr. § 2 D. *de cur. fur.* 27. 10: alcuno, che ha un figlio infermo di mente o prodigo, istituisce eredi i figli di lui e lascia a lui stesso soltanto gli alimenti necessari.

(8) L. 25 C. *h. t.*: una madre istituisce i suoi figli sotto la condizione che vengano emancipati dal padre che non merita fiducia. Cfr. l. 16 § 2 D. cit.

(9) Ciò che s'è detto nel testo è la teoria dominante. In contrario Francke loc. cit. Ma io non credo che la teoria dominante, come essa fa, possa invocare la l. 18 D. *de lib.* 28. 2 e la l. 12 § 2 D. *de bon. lib.* 38. 2; inoltre credo che la l. 16 D. *de B. P. c. t.* 37. 4 non le dia che un debole sostegno (cfr. Francke p. 430, Schmidt p. 83 not. 54). Ma quanto alla l. 16 § 2 D. *de cur. fur.* 27. 10 ed alla l. 25 C. *h. t.*, in fondo neppur Francke nega, che in esse sia riconosciuta la validità d'una *exheredatio bona mente facta:* egli crede soltanto che queste leggi siano abrogate dalla Nov. 115 e dalla Nov. 117 c. 1, il che certo non è. Cfr. § 589 nota 10. Però l'opinione dominante può infine allegare a suo favore anche il criterio che sta a base della *querela inofficiosi*, quello, cioè, dell'offesa all'escluso (§ 584 nota 11); quindi non vi deve essere querela, se nessuna offesa si ebbe in animo. Certo questo argomento non è esauriente; poichè una applicazione incondizionata del criterio indicato condurrebbe a dichiarare infondata la querela anche quando l'esclusione non corrispondeva punto alla propria volontà del testatore, ed in contrario v. l. 27 § 4 D. *h. t.*, invero dall'altra parte anche l. 28 D. *h. t.*, l. 93 [92] D. *de her. inst.* 28. 5, l. 3, C. *h. t.* Cfr. Francke p. 309 sg, Mühlenbruch XXXV p. 380 sg., Schröder p. 428 sg., Mayer, *Teoria dei legati, ecc.* § 27, anche sopra § 548 nota 16.

5. Conseguenze dell'ingiusta esclusione. In particolare sulla « querela inofficiosi testamenti ».

§ 584.

Bisogna distinguere, se al legittimario si sia lasciato troppo poco o nulla affatto.

Nel primo caso il legittimario, come già s'è osservato (§ 582), ha semplicemente una ragione al completamento della quota legittima[1]. Questa ragione è di natura personale[2], rivolta contro l'erede o gli eredi istituiti[3], contro gli eredi legittimari istituiti soltanto, com'è naturale, fino alla concorrenza di quanto eccede la legittima[4], è trasmessibile agli eredi[5], e soggiace alla prescrizione ordinaria[5-5a].

---

§ 584. (1) L. 30. 31. 36 pr. C. *h. t.*, § 3 I. *h. t.* Glück VII p. 146 sg., Francke p. 331 sg., Mühlenbruch XXXVI p. 21 sg., Arndts p. 138 sg., Schröder p. 485 sg.. Sintenis III § 200 Nr. 1.

(2) L'obbligo di completare la legittima incombe sulla eredità come un debito. Contro l'opinione, che la ragione di completamento partecipi della natura della ragione nascente dal lascito, quindi sia *hereditatis petitio* quando il legittimario è istituito erede (Unterholzner, *Teoria della prescrizione* II § 171, Puchta § 489 in f.), v. Mühlenbruch p. 22 sg., Arndts p. 138, Schröder p. 491 sg.

(3) Alcuni scrittori anteriori hanno a torto qualificata questa ragione come *actio in rem scripta*. Francke p. 332, Mühlenbruch p. 21, Arndts p. 139, Schröder p. 491. — Ciò che l'erede deve restituire al legittimario può proporzionalmente portarlo in deduzione ai legatari assegnatigli, secondo l'analogia del legatario onerato di legati, che colla deduzione della quarta Falcidia viene a perdere qualche cosa. Di div. opin. Arndts p. 140. Cfr. pure Mühlenbruch p. 131 sg.

(4) Non fino a concorrenza di quanto eccede la porzione *ab intestato*. Arndts p. 140 — contro Francke p. 334, Mühlenbruch p. 29. 33. Per quest'ultima opinione anche Schröder p. 492 sg.

(5) Le limitazioni della *querela inofficiosi testamenti* non trovano applicazione ad essa, poichè non tende a rovesciare, ma a mantenere il testamento. Quanto alla trasmissibilità agli eredi cfr. l. 34 pr. C. *h. t.* Un argomento contrario alla prescrizione ordinaria non è contenuto in questo passo. La proposizione *nisi* fino a *competebat* è una parentesi, per modo che la conclusione del passo non la comprende. Cfr. Glück p. 147 sg., Francke p. 335, Mühlenbruch p. 34 sg.,

Se invece al legittimario non si sia lasciato nulla affatto, egli ha il diritto d'invalidare il testamento, e riceve non solamente la sua quota legittima, ma la sua intera quota d'eredità *ab intestato*[6]. Ma egli non può invalidare il testamento colla sua semplice dichiarazione, ma deve ottenere una sentenza giudiziale che lo invalidi[7]. Il fondamento dell'azione da proporsi a questo scopo[8] è da un lato il suo diritto d'eredità *ab intestato*[9], dall'altro la sua immeritata esclusione[10] e l'offesa che gliene ridonda[11]. Il convenuto

---

Schröder p. 497. — Nè maggiormente si perde la ragione al completamento coll'accettazione del lascito, e Giustiniano lo ha espressamente dichiarato› l. 35 § 2 C. *h. t.* (§ 585 nota 3). Seuff., *Arch.* III. 187. 357.

(5*a*) Può il legittimario esigere dall'erede il giuramento di manifestazione sull'importo dell'eredità? *Sent. del Trib. dell'Imp.* VIII p. 163 (Seuff., *Arch.*, XXXVIII. 323).

(6) Cfr. l. 22 C. *h. t.*: — « *eam de inofficioso testamento patris querentem totam hereditatem obtinere posse non ambigitur* ».

(7) La sentenza giudiziale « *rescindit testamentum* ». V. p. es. l. 8 § 16 l. 17 pr. D. *h. t.* A questo potere del giudice si apre la via col figurare, che il testamento sia fatto da un demente. V. § 578 nota 2. Ma invero: « *hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit... nam si vere furiosus esset vel demens, nullum es[se]t testamentum*, l. 2 D. *h. t.* Cfr. Schröder p. 386 sg.

(8) Di azione si può qui parlare, perchè, se pure non si richiede una prestazione dell'avversario, si domanda però una pronuncia giudiziale; quindi nello stesso senso, nel quale si parla d'azioni pregiudiziali, e nel quale si può parlare d'una azione alla restituzione nel pristino stato. Cfr. § 359 nota 6 e Schröder p. 394 sg. Anche alle fonti l'espressione *actio inofficiosi* o *de inofficioso* è affatto famigliare, v. p. es. l. 7 l. 12 § 3 l. 15 § 2 l. 21 pr. D. *h. t.*, l. 12. 14. 25 C. *h. t.* L'usuale denominazione delle fonti non è invero *actio*, ma QUERELA INOFFICIOSI *testamenti;* il legittimario si DUOLE del testamento come contrario alla pietà del sangue, e ne richiede la rimozione in base a questa doglianza. Invece di *querela* si dice anche *accusatio* (*inofficiosi testamenti*), v. p. es. l. 6 § 2 l. 7 l. 17 pr. l. 27 pr. § 3 D. *h. t.*, l. 11 C. *h. t.*

(9) La dichiarazione di volerne far uso è insita alla proposizione stessa dell'azione. Ma se per l'acquisto dell'eredità occorrono particolari formalità o termini, essi devono osservarsi; quindi secondo il diritto romano per gli eredi pretorii era necessario impetrare la *bonorum possessio.* L. 6 § 2 l. 7 l. 8 pr. D. *h. t.*, l. 2 C. *h. t.* Cfr. Vangerow II § 478 osserv. Nr. 2 e gli scrittori ivi citati.

(10) — « *immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum* », l. 5 § 1 D. *h. t.* Cfr. § 578 nota 4.

(11) Questo criterio della offesa al legittimario è rilevato assai recisamente, ed anche praticamente sfruttato nelle fonti. V. l. 8 pr. l. 22 pr. D. *h. t.*, l. 18

naturale nell'azione d'impugnativa è l'erede istituito[12]. Se questi è nel possesso dell'eredità, naturalmente si collega coll'azione d'impugnativa una azione alla restituzione dell'eredità[13]; ma per l'azione contro di lui non si richiede

---

D. *de lib.* 28. 2, l. 1 § 8 D. *si quid in fr. patr.* 38. 5, e § 585 nota 3. 5. 8. Cfr. Leist, *Cont. di Glück* serie dei libri 37 e 38 V p. 107 sg.

(12) L'erede istituito deve aver adita l'eredità — « *ante aditam hereditatem nec nascitur querela* », l. 8 § 10 D. *h. t.* Poichè se l'eredità non viene adita, l'istituzione d'erede è senz'altro caduca. Inoltre prima dell'adizione l'offesa al legittimario non è ancora compiuta (cfr. Schröder p. 382). — Affinchè il legittimario non sia tenuto troppo a lungo in sospeso, Giustiniano dispose (l. 36 § 2 C. *h. t.*), che l'erede istituito, dopo decorso un termine di sei mesi e rispettivamente di un anno (a seconda che egli e il legittimario abitano o no nella stessa provincia), possa dal giudice essere costretto a dichiararsi. È da ritenere che il pregiudizio che gliene risulta, consista nell'essere considerato come rinunciante in caso che non si dichiari. Però le opinioni in proposito sono assai divise. Cfr. § 598 nota 10 e Francke p. 256, Arndts p. 101 not. 86; Mühlenbruch XLI p. 296 sg., Schröder p. 392, Sintenis III p. 622 nota Nr. 5, Dedekind, *Il diritto di deliberazione dell'erede* [das Deliberationsrecht des Erben) p. 47, Brinz 2ª ediz. III § 367 nota 19, Köppen, *Trattato* p. 135; Vangerow II § 478 osserv. in f.

(13) V. p. es. l. 8 § 8 l. 16 § 1 l. 17 l. 19 l. 21 § 2 l. 27 § 3 D. *h. t.*, l. 22 C. *h. t.*, l. 5 § 2 l. 7 D. *de H. P.* 5. 3, l. 3 C. *de P. H.* 3. 31. Quindi *hereditatis petitio ex nomine de inofficioso*, l. 34 pr. C. *h. t.; hereditatis petitio ex causa inofficiosi querelae*, l. 20 pr. D. *de B. P. c. t.* 37. 4. — Alla opinione qui sostenuta, secondo la quale l'*hereditatis petitio* può soltanto collegarsi colla *querela inofficiosi testamenti*, se ne contrappone un'altra assai diffusa, secondo la quale la *querela inofficiosi testamenti* sarebbe una *hereditatis petitio*, ma una *hereditatis petitio* particolarmente qualificata. V. Glück VII p. 361, Francke p. 253 sg., Mühlenbruch XXXV p. 344 sg., Mayer § 84 nota 11, Sintenis III § 199 not. 1, Vangerow II § 478 osserv. Nr. 1, Brinz 2ª ed. II § 404, Seuff., *Arch.* XV. 144, XXIV. 251. Cfr. dall'altra parte Arndts p. 99 sg., G. Hartmann, *Sulla querela inofficiosi testamenti secondo il diritto classico*, Programma accad. 1864 (su questo Schlesinger, *Riv. crit. trim.* VII p. 470 sg.), Bekker, *Azioni* I p. 272 sg., Fitting, *Il peculium castrense* p. 232 sg., Schröder p. 396 sg. Ulteriori indicazioni bibliografiche in Vangerow loc. cit., Hartmann op. cit. p. 4. 5. [Dernburg III p. 296.]. L'opinione qui respinta lascia disarmato il legittimario in tutti i casi, nei quali l'erede istituito non è nel possesso dell'eredità (nel senso della *hereditatis petitio*), e d'altra parte, verso colui che possiede le cose ereditarie, non esistono le presupposizioni della *hereditatis petitio*. Decisive attestazioni delle fonti non assistono quella opinione; i passi menzionati in principio della nota hanno di mira il caso regolare; più di tutte sta ancora a favore di essa la l. 1 C. *h. t.*; piuttosto contro che a favore

che egli sia nel possesso dell'eredità[14]. Se viceversa il legittimario è nel possesso, di regola la domanda di invalidazione del testamento servirà a scopo di difesa contro l'azione ereditaria dell'istituito[15]; però il possessore può anche in mancanza di un attacco diretto contro di lui farsi avanti coll'azione d'impugnativa contro l'istituito[15a]. Del resto al legittimario non si può impedire di sostenere, in via d'azione od in via di difesa, anche di fronte ad una persona diversa dall'istituito, che il testamento, come contrario alla pietà del sangue, debba porsi da parte, ed il giudice non può sottrarsi alla decisione di tale questione incidentale[16]. Ma in questo caso la sentenza da lui pronunciata opera soltanto fra le parti[17], mentre la sentenza pronunciata fra il legittimario e l'erede istituito[18] fa stato anche rispetto ai terzi[19]. In quest'ultima proposizione

---

Paul. *sentent.* IV. 5 § 4, l. 6 § 1 e l. 20 D. *h. t.*, sebbene neppure questi passi siano decisivi, mentre poi da altri la l. 20 cit. vien proprio viceversa allegata in favore.

(14) V. la precedente nota. L'interesse, che il legittimario ha ad esperire la *querela* contro l'erede testamentario che non possegga, consiste nel potere in caso di esperimento di ragioni ereditarie invocare contro i terzi la sentenza ottenuta contro di lui. V. nota 19. — Di div. op. gli scrittori allegati nella precedente nota in principio, però tolto Mühlenbruch XXXV p. 361 not. 39; su e contro questo concetto v. Arndts p. 99 not. 95.

(15) L. 8 § 13 D. *h. t.*

(15*a*) Cfr. § 585 nota 7*a*. Di div. opin. Schröder p. 402 a causa della l. 7 § 1 D. *de H. P.* 5. 3. Contro questa opinione Hartmann op. cit. p. 21.

(16) Diversamente a quanto pare l'opinione dominante, anche coloro, che non identificano la querela colla *hereditatis petitio*. Ma ciò che s'è detto è una necessaria conseguenza di questa non identificazione. Se si volesse rimandare il legittimario ad una causa da farsi prima contro l'erede istituito, si cadrebbe in imbarazzo per il caso in cui questi, per mancanza d'interesse, non volesse difendere il testamento. Concorda Schröder p. 417 sg., invocando la l. 7 § 1 D. *de H. P.* 5. 3, nel qual passo però l'avversario è pur sempre l'erede istituito, sebbene l'eredità non venga rivendicata da lui.

(17) Cfr. l. 1 D. *de exc. rei iud.* 44. 2.

(18) Al quale va equiparato naturalmente il suo erede; ma senza alcun dubbio anche il legatario dell'eredità o chi altrimenti in vece sua ha l'eredità come tale. Cfr. l. 1. 10 C. *h. t.*

(19) L'erede necessario vittorioso « *et debitores convenire et ipse a creditoribus*

si presuppone il caso finora solamente contemplato che ad un erede istituito stia di fronte un erede legittimario. Se invece[20]

a) vi sono più eredi istituiti, il legittimario, che ha ottenuto una sentenza contro l'uno degli eredi istituiti, non può invocarla di fronte ad un altro erede istituito, e costui, se il legittimario non esperisce vittoriosamente anche di fronte a lui l'azione d'impugnativa[21], rimane erede testamentario[22]. Nè maggiormente può il legittimario, per la

---

conveniri... potest, et corpora vindicare », l. 15 § 2 D. *h. t.* Egli può opporre la sentenza ai manomessi nel testamento, come l'erede testamentario soccombente può opporla ai legatari a lui assegnati. L. 8 § 16 l. 17 § 1 l. 28 D. *h. t.*, l. 36 D. *de leg.* III° 32. Cfr. l. 17 § 1 cit.: « *Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamentifactionem habuisse defunctus non creditur... creditur ius ex sententia iudicis fieri* ». Così pure la sentenza di annullamento si oppone al sostituito pupillare, l. 8 § 5 D. *h. t.* — Però la sentenza opera contro i terzi solamente quando l'istituito ha anche effettivamente sostenuto il testamento, e se lo ha seriamente sostenuto; inoltre i terzi, che sono interessati all'esito della causa, hanno diritto d'intervento e d'appello. L. 17 § 1 l. 18 D. *h. t.*, l. 50 § 1 D. *de leg.* I° 30, l. 5 § 1. 2 l. 14 D. *de appell.* 49. 1. Cfr. Keller, *Contestazione della lite e sentenza* § 46 nota 12, Vangerow I p. 286 Nr. 6, ed in generale in questo *Trattato* I § 132 nota 9. 10. Ord. di pr. civ. § 63. [Wach, *Manuale della procedura civile* I p. 627.]

(20) Cfr. su quanto segue, su cui v'è in parte grande controversia (v. specialmente nota 24): Glück VII p. 433 sg., Francke p. 254 sg. 298 sg., Mühlenbruch XXXV p. 392 sg. XL p. 154 sg., Huschke, *Mus. renano* VI p. 339 sg., Witte, *Diz. G.* I p. 285 sg., Arndts p. 102. 103, Vering p. 404 sg., Hartmann (nota 13) p. 14 sg. 24 sg., Bekker (*Ib.*) p. 277 sg., Vangerow II § 479 osserv. 1 § 480 osserv. 1, Sintenis III § 199 Nr. 2, Schröder p. 442 sg.

(21) Egli non vuol agire, o non può agire, perchè è fratello o sorella, e l'istituito non è persona disonorata; oppure egli soccombe a seguito di diversità d'opinione fra i diversi giudici delle diverse cause.

(22) L. 15 § 2 D. *h. t.* « *Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit et unum vicit ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a debitoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere; verum enim est, familiae erciscundae iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum; et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri* ». L. 19 D. *h. t.*: — « *non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur* ». L. 25 § 1 D. *h. t.*: — « *testamentum pro parte*

parte dell'eredità non evitta ad un erede istituito, insorgere di fronte a terze persone[23].

b) In egual maniera non può, se esistono più eredi legittimari, uno di essi invocare la sentenza ottenuta da un altro fra essi, e tanto meno lo può un erede *ab intestato* non legittimario; anche in questo caso resta fermo il testamento per la parte d'eredità non evitta all'erede istituito[24]. Però se un legittimario è escluso dall'azione di impugnativa per rinunzia, prescrizione o morte, tale azione è fatta valere in vece sua da chi ha con lui diritto alla

---

valet ». L. 13 C. *h. t.*: — « *pro... parte resolutum est testamentum* ». L. 24 D. *h. t.*, l. 76 pr. D. *de leg.* II° 31, l. 12 § 4 D. *de bon. lib.* 38. 2. Cfr. Seuff., *Arch.* XLI. 23.

(23) L. 15 § 2 D. *h. t.* (nota 22): « *debitores convenire...* PRO PARTE *potest, et corpora vindicare...* ».

(24) Controverso. Secondo un'altra opinione (Huschke, Witte, Vering, Sintenis), in virtù della sentenza ottenuta da un legittimario si aprirebbe la intera successione *ab intestato*, quindi anche a favore dei legittimari validamente esclusi o debitamente tacitati, ed a favore degli eredi *ab intestato* non legittimari. Ma in questa proposizione si avrebbe una grave infrazione alla limitazione soggettiva della cosa giudicata, infrazione tanto più sorprendente, in quanto, per il caso di pluralità degli eredi istituiti, è pacifico che vale il contrario. Si è invero tentato di dimostrare perchè un diverso trattamento del nostro caso sia giusto o necessario, ma secondo me senza buon esito. In questa condizione di cose, per ammettere l'affermata massima bisognerebbe che fosse assistita da attestazioni delle fonti assai coartanti, e questo non è. Sulle l. 6 § 1 e l. 25 § 1 D. *h. t.* v. nota 26. La l. 19 D. *h. t.* certamente non sta a favore di essa, comunque del resto si pensi su questo difficile passo; piuttosto risulta dallo stesso, che in ogni caso un legittimario ISTITUITO non può invocare la sentenza ottenuta da un altro legittimario contro un altro erede istituito (allo scopo di conseguire una maggiore quota ereditaria). Sta decisamente contro la proposta massima la l. 16 pr. D. *h.t.* Poichè se qui si dice, che la sorella, la quale non ha agito « *in legitima hereditate non concurrit* » col fratello che ha esperita vittoriosamente l'azione, non si ha alcun diritto d'intender ciò nel senso, che essa non concorra con lui nella quota ereditaria DI LUI; piuttosto da una facile argomentazione a contrario deriva (se essa ha esperita l'azione vittoriosamente, è con lui erede *ab intestato* per la propria quota ereditaria) che essa deve venir esclusa dall'eredità *ab intestato* in genere. Del resto, se il passo effettivamente volesse dire soltanto, che la sorella non possa togliere nulla della quota ereditaria del fratello, il quale ha esperita vittoriosamente l'azione, ciò avrebbe però manifestamente soltanto il senso, che si presupponga come

legittima[25]. Col caso qui considerato non si dee confondere l'altro, in cui alcuno, che non è punto legittimario, ottiene in forza d'una erronea sentenza l'invalidazione del testamento; questa sentenza può sicuramente invocarsi dal vero legittimario, mentre non giova al vincitore[26].

---

intuitivo che essa nulla abbia da sperare verso l'altro fratello istituito. Contro la massima proposta dagli avversari non si può addurre la l. 29 pr. D. *de exc. rei iud.* 44. 2, perchè questo passo ritiene che il secondo legittimario abbia bensì intentata, ma perduta la causa e per questo caso la massima non viene affermata.

(25) L. 17 pr. l. 23 § 2 D. *h. t.* Il caso della morte non è menzionato in questi passi; ma non v'ha dubbio alcuno, che sia da equiparare ai due altri casi. — Il conlegittimario può far valere l'azione d'impugnativa di colui che viene a mancare, cioè gli sottentra soltanto sotto la presupposizione, che egli anche per parte sua avrebbe potuto impugnare il testamento. Ciò presuppongono i menzionati passi. Però neppur qui manca la diversità delle opinioni, e cfr. invero l. 24 D. *de bon. lib.* 38. 2 (Schmidt, *Diritto di legittima del patrono, ecc.* p. 40 not. 17). Vangerow § 480 osserv. 1, Dedekind, *Riconoscimento di disposizioni d'ultima volontà non valide* p. 94 sg., Schröder p. 451 sg. — Che il conlegittimario, il quale vuol far valere il diritto d'impugnativa di colui che viene a mancare, non sia egli stesso escluso dal diritto d'impugnativa, è qui ritenuto come cosa che s'intende di per sè. Cfr. Vangerow § 480 osserv. 2 e l. 21 § 2 D. *de iure patr.* 37. 14.

(26) L. 6 § 1 l. 25 § 1 D. *h. t.* In base a quest'ultimo passo si fa una eccezione per il caso, in cui la rescissione del testamento è stata ottenuta semplicemente per una parte della eredità, e così anche questo Trattato nelle anteriori edizioni. Ma ben a ragione Schröder p. 436 sg. intende la l. 25 § 1 cit. nel senso, che nella stessa si supponga la diseredazione valida dei legittimari (« *quia praecedentes eum personae exclusae sunt* »), la qual diseredazione resti salda perciò, che il testamento non viene interamente rescisso (« *et testamentum pro parte valet* »). — Anche questa proposizione contiene una infrazione della logica giuridica, come quella respinta nella nota 24, ma di gran lunga meno grave, e sopratutto non tale da mettersi di per sè stessa in contraddizione col trattamento di un caso interamente parallelo. — A questa stregua deve ora anche affermarsi, che se l'intera eredità viene attribuita erroneamente ad uno dei più legittimari come ad unico erede *ab intestato*, può sicuramente invocare questa sentenza anche l'altro legittimario, sebbene in tal senso non possa addursi la l. 19 D. *h. t.* (vv. *ceterum si quis putaverit cett.*), poichè qui il verificarsi della completa successione *ab intestato* è posto manifestamente non come caso effettivo, ma come caso ipotetico. Ma all'effettivo legittimario è aperto l'adito nell'uno e nell'altro caso anche quando di fronte a lui sussistano cause d'esclusione? I summenzionati passi si esprimono affatto genericamente, ma io credo, che di fronte ad essi una limitazione nel senso indicato, una limitazione tale

c) Se di fronte a più eredi istituiti stanno più legittimari, ciascun legittimario deve conquistare proporzionalmente la sua quota d'eredità di fronte a ciascun erede istituito.

Se l'erede istituito, che sta di fronte al legittimario, è per parte sua erede *ab intestato*, tanto se egli sia istituito solo, quanto se lo sia con altri, non può contro di lui ottenersi l'invalidazione del testamento se non in quanto egli sia istituito in più della sua parte d'eredità *ab intestato*[27].

§ 585*.

Il diritto d'impugnativa in sè e per sè fondato vien meno:

a) per rinunzia dell'avente diritto[1], quindi specialmente anche per transazione coll'istituito[2]. Come la rinunzia opera anche qualunque riconoscimento, comunque espresso, del testamento[3]. Viceversa il soccombente nell'azione d'im-

---

che per essa sola si evita una stridente ingiustizia, sia tanto giustificata, quanto, di fronte ai passi menzionati nella nota precedente, in caso di diritto d'accrescimento.

(27) L. 19 D. *h. t.*, l. 6. 7 D. *de dot. coll.* 37. 7. La l. 19 cit. fa parte delle sei *leges damnatae* dei Glossatori, e difficilmente si riescirà ad accordarsi mai interamente sulla sua interpretazione. A me pare che le difficoltà svaniscano, se 1) si tien fermo, che colle parole « *itaque dici potest* » si insinua soltanto una ragione di dubitare, non di decidere; 2) se ci risolviamo ad espellere come glossema nella proposizione che comincia colla indicata espressione, le parole « *et obtineat* », per modo che questa proposizione verrebbe a dire: che è lecito in ogni caso affermare, che la vincitrice possa, in base all'ottenuta sentenza, pretendere colla *hereditatis petitio* l'intiera eredità. In vece di « *quae omissa est etiam si* » io proporrei di leggere: « *quae omissa est testamento, si* ».

(*) Glück VII p. 474 sg., Francke p. 312 sg., Mühlenbruch XXXV p. 437 sg., Arndts p. 100. 101, Schröder p. 467 sg., Vangerow II § 481 not., Sintenis III p. 629 sg.

(1) L. 34 i. f. C. *h. t.*, l. 17 pr. D. *h. t.* Secondo il diritto romano la rinunzia fatta vivente l'ereditando non vincolava, l. 35 § 1 C. *h. t.*; oggidì essa è valida. come ogni rinunzia ereditaria. Seuff., *Arch.* XX. 150 (*Sent. del Trib. Sup. d'app. di Rostock* V p. 370 sg.), XXX. 47.

(2) L. 35 § 1 C. *h. t.*

(3) L. 8 § 10 l. 10 § 1 l. 12 l. 23 § 1 l. 31 § 2-4 l. 32 D. *h. t.*, cfr. anche

pugnativa perde a favore del fisco ciò che gli è lasciato nel testamento[4]. — Il diritto d'impugnativa si perde inoltre

b) col non farlo valere per cinque anni[5], del che però il giudice in casi straordinari può non tener conto[6]. I cinque anni si calcolano dalla adizione dell'eredità[7]. Tale decorrenza non è resa innocua per l'avente diritto alla impugnativa dal fatto, che egli sia nel possesso dell'eredità[7a].

l. 8 § 1 D. *h. t.*, l. 1 C. *de i. i. r. min.* 2. 21 [22]. Se del resto in queste leggi si dice, che specialmente anche coll'accettare un legato lasciato nel testamento si perde il diritto d'impugnativa, è però da osservare, che secondo il diritto ultimo il diritto d'impugnativa in genere vien meno sempre che sia lasciata una qualche cosa (§ 584 in pr.), e che la ragione al completamento, giusta l'espressa disposizione di Giustiniano nella l. 35 § 2 C. *h. t.*, non si perde coll'accettare una liberalità dalle mani dell'ereditando. Del resto cfr. sul modo ampio con cui qui si sfrutta il criterio del riconoscimento, specialmente: l. 23 § 1 D. *h. t.* (compra o locazione d'una cosa ereditaria dall'istituito, pagamento fatto allo stesso); l. 32 pr. D. *h. t.* (l'aiuto prestato ad altri nel ripetere giudizialmente un legato in base al testamento). La spiegazione di ciò può rinvenirsi soltanto nella natura dell'azione d'impugnativa come rivolta contro una offesa alla persona, v. pure l. 5 § 1 D. *de his quae ut ind.* 34. 9. Cfr. pure Bähr, *Riconoscimento* p. 216 sg. (2ª ediz.), Dedekind, *Riconoscimento di disposizioni d'ultima volontà non valide* p. 70 sg. Seuff., *Arch.* XXXV. 43. — Sulle corrispondenti disposizioni relative al patrono escluso dal liberto cfr. Schmidt, *Diritto di legittima del patrono, ecc.* p. 55 sg., Dedekind op. cit. p. 86 sg.

(4) L. 8 § 14 D. *h. t.*, cfr. l. 12. 22. 30 § 1 *eod.* Cfr. § 671 Num. 1. Seuff., *Arch.* XV. 39. Rispetto al patrono cfr. Schmidt op. cit. p. 91.

(5) L. 16 l. 34 i. f. C. *h. t.*, cfr. l. 8 § 17 l. 9 l. 23 § 2 D. *h. t.* Cfr. oltre ai menzionati nello * ancora: Unterholzner, *Teoria della prescrizione* II § 169, Demelius, *Indagini sul diritto civile romano* p. 30-39. — Anche questa breve prescrizione si fonda pure in ogni caso sul criterio dell'offesa, che la *querela* persegue. Cfr. in ispecie Demelius loc. cit.

(6) L. 8 § 17 D. *h. t.* Il tempo della minore età già prima che Giustiniano avesse adottata la disposizione generale della l. 5 C. *in quib. caus. i. i. r.* 2. 40 [41] non si computava nel termine della prescrizione, l. 2 C. *eod.*

(7) Secondo l'espressa disposizione di Giustiniano nella l. 36 § 2 C. *h. t.* Giustiniano narra che Modestino voleva cominciare il computo dalla morte dell'ereditando.

(7*a*) Cfr. I § 112 nota 8. Di div. op. Francke p. 314, Mühlenbruch p. 462. 463, Schröder p. 476.

c) Infine il diritto d'impugnativa si perde anche colla morte del titolare, senza che egli ne abbia predisposto l'esperimento[8]. Soltanto da discendenti a discendenti trapassa il diritto d'impugnativa non predisposto[9].

In fine è ancora da osservare, che la *querela inofficiosi testamenti* è destinata soltanto a colmare le lacune lasciate dal diritto ereditario necessario formale e che essa quindi non ha luogo, se l'erede necessario già secondo i principii di quel diritto formale può pervenire all'eredità[10].

---

(8) L. 6 § 2 l. 7 D. *h. t.* Anche questa massima ha pure la sua base nel dovere l'impugnativa procacciare al legittimario la soddisfazione d'una offesa; ma essa si spiega già in base a ciò, che una eredità non acquistata non trapassa agli eredi. — La predisposizione della lite dà un diritto d'impugnativa agli eredi dell'erede necessario anche quando questi muoia prima dell'adizione dell'eredità. L. 34 l. 36 § 2 C. *h. t.* Ora poichè soltanto colla adizione dell'eredità « *nascitur querela* » (l. 8 § 10 D. *h. t.*), in questo caso trapassa non tanto un diritto d'impugnativa effettivamente esistente, quanto un diritto eventuale, non tanto un diritto d'impugnativa, quanto la giuridica possibilità di essa. Cfr. pure Göring, *Ann. per la dogm.* XV p. 184 sg.

(9) Secondo la disposizione di Giustiniano nella l. 34 C. *h. t.*, cfr. l. 36 § 2 i. f. C. *h. t.* La portata pratica di questa disposizione è del resto essenzialmente attenuata per ciò che secondo il diritto ultimo il nipote può impugnare il testamento anche per diritto proprio. Cfr. § 579 nota 9, § 573 nota 4. Sulla questione se la disposizione di Giustiniano non debba limitarsi al caso, in cui il legittimario è morto prima della dichiarazione dell'istituito, v. da una parte Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* III. 18, Arndts p. 101 nota 106, i quali risolvono negativamente tale questione, dall'altra Glück VII p. 464 sg., Francke p. 317 sg., Vangerow II § 478 Nr. 3, Schröder p. 479, i quali la risolvono affermativamente. Del pari in senso affermativo Seuff., *Arch.* XIX. 248.

(10) § 2 I. *h. t.* Perciò la *querela inofficiosi testamenti* nella l. 4 C. *de lib.* 6. 28 è designata come: « *ultimum adiutorium* ». Secondo un'altra opinione la *querela inofficiosi testamenti* sarebbe sussidiaria in genere, non solo di fronte al diritto ereditario necessario formale. V. in contrario l. 8 § 12 D. *h. t.*, l. 14, 16 C. *h. t.*; anche l. 1 § 6 D. *si a par. quis manumissus* 37. 12 (Schmidt, *D. di legittima del patrono*, ecc. p. 136 sg.). Cfr. Vangerow II § 481 osserv. Nr. 3 e gli scrittori ivi citati, Schröder p. 481 sg.

---

*Appendice: lesione della quota legittima per disposizioni fra vivi**.

§ 586.

Il diritto d'impugnativa per causa di lesione della legittima è stato esteso dalle disposizioni d'ultima volontà alle liberalità fra vivi[1]. In proposito vigono in generale

---

(*) Cod. 3. 29 *de inofficiosis donationibus*; 3. 40 *de inofficiosis dotibus*. — Glück VII p. 156 sg., Francke p. 498 sg., Mühlenbruch XXXVI p. 38 sg., Mayer § 108. 109, Arndts, *Diz. G.* VIII p. 162 sg., Schröder p. 498 sg. Particolari dissertazioni su questo oggetto sono: Zimmern nelle *Disquisizioni di diritto romano* sue e di Neustetel p. 58 sg. (1821). Kritz, *Dissertazioni esegetico-pratiche* Nr. 5 (1824). Breidenbach, *Arch. per la prat. civ.* XXVII p. 338 sg. XXVIII p. 28 sg. (1844. 1845). V. inoltre Vangerow II § 482, Sintenis III p. 635-638, Brinz 2ª ediz. III p. 266 sg., Unger § 86. Cfr. pure le aggiunte di E. A. Seuffert al *Trattato* di suo padre § 664.

§ 586. (1) Effettivamente non può far differenza alcuna che l'ereditando disponga della sua eredità in maniera che l'erede necessario non riceva la sua legittima, o che egli diminuisca il suo patrimonio in guisa, che l'erede necessario non rinvenga la sua legittima nell'asse ereditario. Cfr. l. 3 C. *h. t.* (*de inofficiosis donationibus*): — « *qui cum... patrimonium immensis donationibus exinanissent, inane nomen heredum liberis reliquissent* »; l. 4 C. *h. t.*: — « *immoderatae liberalitatis effusione patrimonium suum exhausit* », v. pure l. 6. 8 C. *h. t.* l. 1 C. *de inoff. dot.* l. 5 C. *h. t.*: — « *facultates tuas per donationes vacuefecisti* »; l. 7 C. *h. t.*: « *evisceratis opibus* ». — In particolare le fonti menzionano le donazioni e le costituzioni di dote (le quali ultime appartengono a questo novero anche quando non sono donazioni nel senso strettamente giuridico della parola, cfr. II § 492 note 4. 5). Cfr. Arndts p. 170. I *negotia mixta donatione* entrano in questa categoria, in quanto sono donazioni (II § 365 nota 3). Cfr. Arndts p. 170, Schröder p. 550 sg. Seuff., *Arch.* III. 356, IX. 193, XXIII. 152. — Non vi appartengono le donazioni a causa di morte; esse, in quanto ledono la legittima, sono semplicemente caduche, come i legati. Cfr. § 676 nota 5, l. 17 D. *de m. c. don.* 39. 6, l. 5 C. *ad leg. Falc.* 6. 50, ed il caso giuridico in Fitting, *Arch. per la prat. civ.* L p. 56 sg. Seuff., *Arch.* XXV. 253. Nè maggiormente appartiene a questo punto il contratto ereditario; l'istituzione d'erede contenuta nello stesso sottostà agli stessi principii di quella contenuta in un testamento, non è meno una istituzione d'erede per ciò, che essa non è fatta in un testamento. Hartmann, *Contratti ereditari* p. 70 sg., Stobbe V § 311 Nr IX. 1, [Wendt, *Pand.* p. 838]. Di div. op. Seuff., *Arch.* IV. 138, V. 36, XX. 147,

i principii della *querela inofficiosi testamenti*[2]. In specie le persone aventi diritto sono le stesse[3]; del pari l'ammontare della quota legittima si determina alla stessa maniera[4]. Nel risolvere la questione, se colla disposizione a titolo di liberalità la quota legittima sia stata o no lesa[5], è in prima linea da por mente alla consistenza del patrimonio all'epoca della elargizione, per modo che questa non è inofficiosa se lascia intatta la quota legittima del patrimonio esistente a quest'epoca, e neppure diventa inofficiosa, se il patrimonio lasciato intatto soffre posteriormente una diminu-

---

XXXI. 151, *Sent. del Trib. dell'Imp.* XI p. 216 (l'erede necessario non deve attaccare l'istituzione d'erede, ma soltanto ricevere la sua legittima, cfr. nota 13). Cfr. § 587 nota 2 in f.

(2) L. 9 C. *h. t.* « *Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnis querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda...* » Cfr. l. 1. 2. 4. 6 C. *h. t.*

(3) Contrastato: *a*) per i fratelli e le sorelle da Puchta § 491. c, v. pure Arndts p. 163. Sicuramente i fratelli e le sorelle non sono espressamente nominati; ma in base alle leggi menzionate nella nota precedente deve tenersi fermo il diritto della *querela inofficiosi testamenti*, finchè non sia provata una deroga. Così anche l'opinione dominante. Francke p. 533, Mühlenbruch p. 55. 58, Arndts p. 164, Vangerow p. 280, Schröder p. 509. — *b*) inoltre si disputa se gli eredi necessari postumi abbiano il diritto d'impugnativa. L'opinione dominante è per la soluzione affermativa anche di questa questione; in contrario Mühlenbruch p. 70, Vangerow Nr. I. 4 in f. Per la soluzione negativa sta il riflesso, che anche una donazione non inofficiosa quanto al suo ammontare non diviene tale, come è generalmente riconosciuto, per la posteriore diminuzione del patrimonio (nota 6); ma per l'affermativa sta in modo ben decisivo la l. 5 C. *h. t.* Poichè sebbene questa legge sia da riferire direttamente soltanto ad un diritto di ripetizione dell'ereditando (nota 15), pure, come Francke p. 519 ed Arndts p. 16 con ragione osservano, non è da ammettere che essa abbia voluto far dipendere il provvedere ai figli postumi, che in modo espresso è il suo scopo, dall'arbitrio dell'ereditando. Cfr. pure Schröder p. 509 sg., Unger § 86 not. 3.

(4) V. pure Nov. 92. L'opinione di Zimmern loc. cit., che per gli ascendenti e i fratelli e le sorelle qui l'antica quarta abbia conservato il suo valore, è rimasta senza alcun seguito. Cfr. Vangerow loc. cit. Nr. I. 3 in f., Schröder p. 515.

(5) Cfr. su quanto segue: Glück VII p. 156 sg., Francke p. 508 sg., Mühlenbruch p. 117 sg., Arndts p. 166 sg., Schröder p. 521 seg., Vangerow Nr. I. 2, E. A. Seuffert loc. cit. e § 653 nota 1, [Dernburg III p. 312].

zione[6]. D'altra parte una elargizione, che al tempo in cui venne fatta era inofficiosa, cessa d'essere tale, se il patrimonio dell'ereditando s'aumenta per modo, che l'erede necessario riceve la legittima sulla eredità di lui, computando insieme la elargizione prima fatta e il nuovo aumento di patrimonio[7]. Del pari l'elargizione cessa d'essere inofficiosa col diminuire della legittima[8]. Le liberalità, che l'erede necessario a sua volta ha ricevute, egli deve imputarle nella legittima[9]. Alla inofficiosità della elargizione basta il fatto, che essa leda la legittima; l'intenzione di lederla, non è richiesta[10]. La mala condotta dell'erede

---

(6) Però, se la diminuzione è prodotta da nuove liberalità, QUESTE sono inofficiose. Al testatore non può esser lecito produrre con atti distinti un risultato che gli è interdetto di produrre con atto unico. Dall'altra parte egli compie appunto degli atti distinti; il suo atto posteriore non è una continuazione degli anteriori, formante con essi un'unità, ma è un atto nuovo. Perciò è falsa l'opinione (cfr. i nominati in Glück VII p. 174), che l'impugnativa non debba rivolgersi contro l'ultima donazione, ma proporzionalmente contro tutte le donazioni. Ciò che vale per le posteriori disposizioni gratuite fra vivi, vale nella medesima maniera anche per le disposizioni d'ultima volontà, colle quali si sottrae o si limita all'erede necessario la legittima che era rimasta salva. Cfr. Nov. 92. — Seuff., *Arch.* IV. 68. 137, VII. 213, XXIII. 152. 238, XXV. 253, XXXVII. 49 (*Trib. dell'Imp.*, *Sent.* IV p. 120), [XLV. 107].

(7) L'erede necessario non può esigere di più di quanto la sua legittima avrebbe importato, se non fosse stata fatta alcuna donazione. Se quindi alcuno, che ha 12000 nel patrimonio, dona tutti i 12000, ma poi acquista altri 6000, la legittima non è lesa, se essa importa $^1/_3$, bensì lo è se importa $^1/_2$. Se posteriormente l'aumento vien di nuovo meno, rivive pure il diritto d'impugnativa. Cfr. E. A. Seuffert loc. cit. nota 11.

(8) P. es. col venir meno d'un erede legittimario, da $^1/_2$ ad $^1/_3$. Cfr. E. A. Seuffert loc. cit. nota 11 *a*.

(9) Ciò che egli fa valere contro l'avversario, deve lasciarlo valere anche contro sè stesso. L. 6. 7 C. *h. t.* Seuff., *Arch.* XVI. 233. Tanto più vien meno il diritto d'impugnativa se il legittimario, nonostante l'eccedenza della donazione, riceve pur tuttavia la sua legittima per disposizione d'ultima volontà. Questo caso è da concepire così: il legittimario ha un erede *ab intestato*, il quale o non è punto legittimario, od è proprio il donatario. Di quest'ultimo caso tratta la Nov. 92. Cfr. E. A. Seuffert op. cit. § 653 nota 9, Schröder p. 529.

(10) Così l'opinione dominante; in contrario fra i moderni Kritz p. 125 sg., Mühlenbruch p. 74 sg., E. A. Seuffert loc. cit. nota 5, Schröder p. 515 sg., Brinz 2ª ediz. III § 405 nota 45, [Dernburg III § 156]. Sicuramente i

necessario esclude anche questo diritto d'impugnativa[11]. Il diritto d'impugnativa è rivolto contro chi ha ricevuta l'elargizione, non cóntro il terzo possessore[12]. L'effetto dell'esperimento vittorioso del diritto d'impugnativa è l'annullamento della elargizione fino alla concorrenza della legittima, non dell'intiera elargizione[13]. Il diritto d'impugnativa si perde per le cause menzionate nel § 585[14]. — Anche l'ereditando può nel caso di nascita posteriore di figli ripetere tanto della elargizione anteriormente da lui fatta, quanto importa la legittima dei figli[15].

---

casi decisi nelle l. 87 § 3 D. *de leg.* II° 31, l. 1. 8 C. *h. t.* ed in *Vat. fr.* § 270 contengono l'elemento dell'intenzione di frodare; ma altrettanto decisamente si fa astrazione da questo elemento nelle l. 2. 3. 4. 6. 7 C. *h. t.* e in *Vat. fr.* § 271. 280. 282, nè esso è dichiarato necessario in alcun testo. Cfr. Francke p. 505 sg., Arndts p. 165 sg., Vangerow Nr. I. 3.

(11) L. 9 C. *h. t.*, Nov. 92 c. 1 § 1.

(12) Di div. op. Glück VII p. 175 e gli ivi menzionati, fra i moderni Brinz, 1ª Ediz. p. 852. 2ª Ediz. III § 405 nota 52. V. in contrario Franke p. 520 sg., Mühlenbruch p. 70 sg., Arndts p. 164, Schröder p. 504.

(13) Così assai decisamente le l. 2. 5. 7. 8 C. *h. t.*, l. un. C. *de inoff. dot.* 3. 30, Nov. 92 c. 1, e in tal senso del resto anche l'opinione dominante. Glück p. 159 sg., Francke p. 521 sg., Mühlenbruch p. 97 sg., Arndts p. 164 sg., Vangerow Nr. II, Schröder p. 531 sg., Seuff., *Arch.* IX. 193. Certo decide altrimenti la l. 87 § 3 D. *de leg.* II° 31; ma questo passo (che contiene un rescritto d'Alessandro) mostra l'istituto nei suoi primordî, e non può render dubbio il senso in cui il diritto si è posteriormente stabilito. Però è anche sostenuto il contrario, puramente e semplicemente o con ogni sorta di distinzioni, così fra i moderni da Zimmern e Breidenbach ll. citt.

(14) Nota 2 e l. ult. C. *h. t.* Ma la prescrizione del diritto d'impugnativa è indipendente dall'adizione dell'eredità, poichè quel diritto non nasce soltanto con questa. — Anche qui (cfr. § 585 nota 10) si afferma l'assoluta sussidiarietà del diritto d'impugnativa; ma la l. 4 C. *h. t.* dice soltanto: « *ideoque non est tibi* NECESSARIUM... *auxilium ad instar inofficiosi testamenti* ». Cfr. però Schröder p. 546.

(15) Il qual diritto di ripetizione però non è una *querela inofficiosae donationis*, ma un ordinario diritto di ripetizione di carattere obbligatorio (c. d. *condictio ex lege*). Esso si fonda sulla l. 5 C. *h. t.* Francke p. 519, Mühlenbruch p. 56 sg., Breidenbach XXVIII p. 37 sg., Vangerow Nr. I. 4. Per lo innanzi l'opinione dominante (cfr. Glück VII p. 167 sg., Mühlenbruch p. 57 nota 22) era contraria a questo diritto di ripetizione, in quanto essa nella l. 5 C. cit. trovava riconosciuta soltanto una *querela* dei figli stessi; così anche attualmente ancora Savigny, *Sistema* IV p. 226 nota 10, Arndts

C. *La novella* 115*.

§ 587.

La novella 115 [1] lascia intatto il diritto ereditario necessario dei fratelli e delle sorelle[1a]; relativamente a quello dei discendenti ed ascendenti essa ha adottate le seguenti nuove disposizioni:

1. I discendenti e gli ascendenti hanno una ragione non semplicemente al lascito della legittima, ma anche alla istituzione in eredi[2].

2. Essi possono essere diseredati o preteriti soltanto esprimendone la causa, e soltanto in base ad una causa

---

p. 163 nota 377. La cosa è dubbia; però io credo che l'ultima opinione faccia troppa violenza alle parole della l. 5 cit. (« *ad patrimonium tuum revertatur* »). Cfr. pure E. A. Seuffert loc. cit. nota 5*a*.

(*) Cfr. oltre ai menzionati al § 575, ancora: Heumann, *Sul nuovissimo diritto ereditario necessario secondo la Nov.* 115 [über das neueste Notherbenrecht nach Nov. 115], *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* XVII p. 161 sg. (1842).

§ 587. (1) La Nov. 115 è dell'anno 542. Essa del resto non tratta esclusivamente del diritto ereditario necessario, ma soltanto nei c. 3. 4. 5 pr. Nelle altre parti della Novella è questione di cose molto estranee e disparate. Le disposizioni sul diritto ereditario necessario hanno occasione da un caso concreto, che era stato sottoposto alla cognizione di Giustiniano (c. 5 pr.).

(1*a*) *Sent. del Trib. dell'Imp.* XIV p. 190. Wendt, *Pand.* p. 828. 829 in fine della nota, resta affatto isolato colla sua opinione contraria.

(2) Nov. 115 c. 3 pr.: « *Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proavie, suum filium vel filiam vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum vel alium quemcumque modum eis dederit legibus debitam portionem...* » c. 4 pr. « *Sancimus itaque, non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam eos omnino alienare...* ». — Vale ciò anche per il caso in cui l'ereditando dispone del suo patrimonio per contratto ereditario? Pel sì Seuff., *Arch.* I. 89; in contrario *Ib.* IV. 138. 243, V. 36, VII. 26, IX. 321, XL. 30 (Trib. dell'Imp., *Decis.* XI p. 215). Cfr. Roth, *D. civile bavar.* III § 335 nota 64 sg. [2ª ediz. (Becher) § 364 nota 88 sg.].

indicata nella legge[3]. La verità della causa addotta deve, in caso di contestazione, dimostrarsi dall'erede istituito[4].

3. Se i discendenti o gli ascendenti sono stati diseredati o preteriti senza esprimerne la causa, od in base ad una causa non legalmente riconosciuta o non vera, essi subentrano agli eredi istituiti[5]; per contro il restante contenuto del testamento rimane saldo[6].

Per il caso in cui i discendenti o gli ascendenti siano invero istituiti eredi, ma per meno della loro legittima, si resta nei termini del diritto sussistente, secondo il quale essi possono solo esigere il completamento della loro legittima[7]. Parimente è mantenuto il diritto anteriore per il

---

(3) Il c. 3 pr. continua al punto testè interrotto: — « *nisi forsan probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento. Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae sunt, aliquae vero cum essent dignae praetermissae sunt, ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in hujus constitutionis serie continentur* ». Similmente il c. 4 pr.: — « *nisi causas, quas enumeravimus, in suis testamentis specialiter nominaverint* ».

(4) C. 3 § 14: « *Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint, et scripti heredes nominatam vel nominatas causas vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suum habere firmitatem decernimus* ». Similmente c. 4 § 9. Cfr. Seuff., *Arch.* X. 70.

(5) Il c. 3 § 14 (nota 4) prosegue: « *Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed, quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tamquam ab intestato ex aequa parte pervenire...* ». Similmente c. 4 § 9.

(6) Il c. 3 § 14 prosegue: « *Si vero contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa aut libertates aut tutorum donationes relinqui vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri, et dari illis quibus fuerint derelicta, et tamquam in hoc non rescissum obtineat testamentum* ». Similmente c. 4 § 9.

(7) C. 5 pr. « *Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus; quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri* ». Contro l'opinione (Puchta § 493. *n*, Köppen, *Programma* p. 79), che in caso d'espressa limitazione a meno della legittima senza indicazione d'una causa di diseredazione o con indicazione d'una

caso, che la loro legittima sia lesa da liberalità fra vivi[8].

Dei summenzionati tre punti è da trattare più partitamente in quanto segue.

§ 588.

I discendenti e gli ascendenti hanno una ragione ad essere istituiti eredi. Non solo la loro esclusione dal patrimonio, ma anche il non nominarli fra gli eredi si considera come una offesa disapprovata dalla legge[1]. Ma essi non hanno ragione ad essere istituiti nella loro legittima; essi devono appagarsi d'una istituzione d'erede in parte minima, pur che la loro legittima sia garantita da una disposizione d'altro genere[2]. D'altra parte, con una istituzione d'erede affatto priva di contenuto il precetto della legge non è soddisfatto[3]. Se all'istituzione d'erede è apposta una

causa non valida o non vera si faccia tuttavia luogo alla non validità della istituzione d'erede (cfr. § 582 nota 6), v. Arndts p. 137, Schmidt p. 171 nota 57.

(8) La Novella non parla affatto di questo caso.

§ 588. (1) C. 5 pr. — « *Sola est enim nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre* ». La preterizione e la diseredazione non sono più un diritto dell'ereditando, ma possono soltanto infliggersi come « *poena ingratitudinis* » (c. 4 i. f.). Secondo afferma Dernburg III § 152. 2 ciò non è più diritto vigente oggidì; in contrario Wendt p. 823. 824. Wendt però è d'opinione che per gli ascendenti, già la stessa Novella non prescriva l'istituzione d'erede.

(2) Che in caso d'istituzione in meno della legittima essi possano esigere soltanto il completamento della loro quota, lo dice la Novella espressamente (§ 587 nota 7); che in tal caso essi debbano sopportare l'imputazione di quanto hanno ricevuto per via di una disposizione d'altro genere, non lo dice invero espressamente, ma è manifestamente nel suo spirito. Cfr. Francke p. 393.

(3) P. es. con una istituzione d'erede nel « rimanente » dopo avere completamente distribuita l'eredità. Francke p. 394 sg., Mühlenbruch XXXV p. 322, XXXVII p. 366 sg., Arndts p. 141. 142, Vangerow II p. 296. Cfr. Seuff., *Arch.* VIII, 277, XI, 66, XIX, 173, XXIX, 253. — La istituzione *ex re certa* è sufficiente, c. 5 pr.

condizione [4], essa vien cancellata [5], anche la condizione potestativa; astraendo dalla condizione dipendente dalla nuda volontà dell'istituto [6]. La sostituzione non costituisce una

(4) V. sulle diverse opinioni relativamente a questo punto: Francke p. 385 sg., Mühlenbruch XXXVII p. 213 sg., Arndts p. 142 sg., Schmidt p. 160; inoltre Heumann, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* XVII p. 232 sg., v. Scheurl, *Contributi* II. 2 p. 311 sg., Sintenis III p. 591 sg., Vangerow II § 484 osserv. Nr. I.

(5) Così Mühlenbruch, Schmidt, Heumann, Vangerow, Trib. dell'Impero XVII p. 127, mentre Francke, Arndts, Sintenis, Scheurl sono d'opinione, che l'istituzione condizionale d'erede sia da considerare come una non istituzione. La giustificazione della massima stabilita nel testo è diversa nei menzionati sostenitori della stessa. Secondo la mia opinione essa non può fondarsi sulla regola, che nelle istituzioni d'erede in genere le condizioni inammissibili debbono cancellarsi (I § 94) — poichè la condizione anzi qui non è di per sè inammissibile, ma lo è appunto perchè in essa si contiene una lesione del diritto dell'erede necessario — bensì semplicemente sull'analogia della l. 32 C. *de inoff.* 3. 28. Sicuramente questa legge tratta soltanto del lascito della legittima; ma se Giustiniano nella Nov. 115 equipara la ragione alla istituzione d'erede a quella rivolta al lascito della legittima, è anche nella sua intenzione, che la disposizione fatta per soddisfare a quell'obbligo, sia liberata da indebite restrizioni, alla stessa maniera, come secondo la l. 32 cit. deve liberarsi da tali restrizioni la disposizione fatta per soddisfare all'obbligo del lascito della legittima. Tale questione è una parte di quella generale sulla natura dell'invalidità verificantesi in conseguenza della violazione dei precetti della Novella. V. § 591. — Secondo il diritto della preterizione è incontestato che non si faceva luogo a correzione dell'istituzione condizionale mediante detrazione della condizione (l. 4 C. *de inst.* 6. 25, l. 83 D. *de cond.* 35. 1), benchè non sia incontroverso, se per le figlie e pei nipoti la istituzione condizionale non fosse sufficiente (l. 4, l. 6 § 1 D. *de her. inst.* 28. 5, l. 1 § 8 D. *de suis* 38. 16, l. 4 C. *de lib.* 6. 28), ed il pretore dava la *bonorum possessio contra tabulas* non subito, ma soltanto in caso di deficienza della condizione (l. 3 § 12-14. l. 18 pr. D. *de B. P. c. t.* 37, 4, l. 2 § 1. l. 5 pr. D. *de P. B. s. t.* 37. 11). Cfr. Francke § 4. 11, Schmidt p. 41 sg., Vangerow § 469, Scheurl p. 320 sg., Schröder p. 73 sg. Sulla questione, se questo diritto, per le persone alle quali esso si riferiva, non abbia conservato vigore anche dopo la Novella, v. § 592.

(6) Secondo il diritto della preterizione non si considerava come non viziata, non solo l'istituzione sotto la condizione *si volet* (l. 86 D. *de her. inst.* 28. 5), ma anche quella sottoposta ad una condizione potestativa in genere, purchè il suo adempimento non implicasse difficoltà per l'istituito (l. 4 D. *de her. inst.* 28. 5, l. 15. 28 D. *de cond. inst.* 28. 7, l. 20 § 4 D. *de bon. lib.* 38. 2). Altrimenti è da decidere secondo lo spirito della l. 32 C. cit., poichè la coazione ad un fatto qualsiasi è una restrizione della libertà, e quindi il compierlo implica un sacrifizio (cfr. I § 93). Heumann p. 238. Di div. op. Mühlenbruch p. 213. 214,

adeguata istituzione[7], e precisamente il sostituito subentra come erede *ab intestato* e non come erede testamentario[8].

§ 589.

Per escludere validamente i discendenti e gli ascendenti, non occorre alcuna espressa diseredazione; basta la non istituzione[1]. Soltanto deve sempre risultare dalla disposizione del testatore, che la causa d'esclusione in essa menzionata sia stata riferita a questa determinata persona, od

---

Vangerow loc. cit., Schmidt loc. cit. Anche Arndts e Sintenis dal loro punto di vista (nota 5) fanno eccezione per la condizione potestativa come tale.

(7) Non si può attenersi al concetto che la sostituzione è una istituzione condizionale d'erede. La conseguenza di questo concetto, secondo l'opinione qui sostenuta sul trattamento della istituzione condizionale d'erede, sarebbe che il sostituito diventerebbe erede accanto all'istituito (non, come Mühlenbruch loc. cit. ritiene, in vece di lui). Ma il sostituito è ad un tempo preterito mediante l'istituzione dell'istituito, e rende invalida quindi la istituzione di lui). — Cfr. l. 14 § 1 D. *de lib.* 28. 2: — « *vulgo dicitur, eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere* », e v. i passi della seguente nota.

(8) Il diritto del Digesto distingue: se l'istituzione d'erede in conseguenza dell'indebita esclusione degli eredi necessari è nulla fin da principio, la sostituzione acquista vigore; se l'istituzione diventa posteriormente caduca (col sopravvenire d'un *postumus*, colla *bonorum possessio contra tabulas*), vien meno con essa anche la sostituzione. L. 76 [75] D. *de her. inst.* 28. 5, l. 43 § 2 D. *de vulg.* 28. 6, l. 3 § 6 D. *de lib.* 28. 2; l. 5, D. *de iniusto* 28. 3, l. 14 pr. D. *de lib.* 28. 2, l. 8 § 5 D. *de B. P. c. t.* 37. 4. Cfr. Vangerow II § 470 osserv. Francke p. 77 sg., Mühlenbruch XXXVI p. 336 sg.; Arndts p. 86 sg., Schmidt p. 38. Non si sa scorgere perchè questa distinzione non dovrebbe ancora applicarsi nel diritto più recente. Quindi coloro, che secondo il diritto della Novella fanno diventar nulle fin da principio le istituzioni d'erede, per l'indebita esclusione d'un erede necessario, devono chiamare il sostituito come erede testamentario, coloro che, come noi in questo Trattato (§ 591), fanno in qualunque modo venir meno soltanto posteriormente le istituzioni di erede, devono chiamarlo come erede intestato; ma tutti devono chiamarlo come erede intestato in conseguenza della sopravvenienza d'un *postumus*. Gli scrittori qui non sono sempre conseguenti. Cfr. Francke p. 397, Heumann p. 239 sg., Arndts p. 144 sg., Vangerow II p. 285.

§ 589. (1) Così espressamente la Novella. V. § 587 nota 2. 3.

anche a questa persona[2]. La diseredazione condizionale è sufficiente, se l'erede necessario è istituito erede pel caso opposto[3], o se la condizione della diseredazione è adempiuta prima della morte del testatore[4]. La diseredazione sotto condizione del futuro verificarsi d'una causa d'esclusione è valida, se la causa d'esclusione si è avverata prima della morte del testatore[5]. Se il testamento contiene sostituzioni, l'esclusione deve farsi per ogni grado[6]; se essa manca per un grado, le istituzioni d'erede di questo[7] e di

---

(2) Cfr. Francke p. 399-400, Mühlenbruch XXXVII p. 230-231, Vangerow II § 484 osserv. Nr. III, Arndts p. 145.

(3) Una tale istituzione d'erede può anche contenersi nella stessa diseredazione condizionale, anzi di regola dovrà in essa riscontrarsi; al qual riguardo resta soltanto a vedere se il diseredato condizionatamente sia stato istituito invece dell'istituito od accanto allo stesso. Cfr. § 546 nota 11, Mühlenbruch XXXVII p. 227-228. Di div. op. Arndts p. 146.

(4) Francke p. 401-402. Altri (Arndts p. 145-146, Vangerow II § 484 osserv. Nr. III, v. pure Schmidt p. 165 nota 25) dichiarano senz'altro valida la diseredazione condizionale adducendo che chi potrebbe venir diseredato incondizionatamente, non possa lagnarsi neppure del meno, d'una diseredazione condizionale. Ma egli può in ogni caso pretendere una diseredazione determinata; qui invece egli è diseredato soltanto in ipotesi.

(5) La Novella ha di mira soltanto il caso, in cui la causa d'esclusione all'epoca della confezione del testamento si è già verificata. Ma la sua intenzione è però che dall'eredità possa escludersi il colpevole, e ciò nello spirito di essa non può venir inteso altrimenti che così: chi è attualmente colpevole o chi lo è diventato all'epoca dell'apertura della successione. Alla interpretazione letterale s'attengono Heumann, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* XVII p. 248, Vangerow II § 484 oss. Nr. III in f.; in contrario v. Buchholtz, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* XIII p. 353, Mühlenbruch XXXVII p. 231 sg. Arndts p. 147, Schmidt p. 164-165, Sintenis III p. 603.

(6) Altrimenti l'esclusione non è completa. Così anche il diritto della preterizione che qui non si lasciò guidare dal criterio: *exheredationes non esse adiuvandas* (l. 19 D. *de lib.* 28. 2). ma da giustificate considerazioni sostanziali L. 3 § 2 D. *de lib.* 28. 2, l. 8 § 3 D. *de B. P. c. t.* 37. 4. Per la questione, quando in mancanza d'una espressa dichiarazione dell'ereditando debba ritenersi, che la diseredazione sia o no riferita a tutti i gradi, già il diritto anteriore ha stabilito il principio della libera interpretazione. L. 3 § 3-5 D. *de lib.* 28. 2, l. 1 C. *eod.* 6. 28. Cfr. Francke p. 69 sg., Mühlenbruch XXXVI p. 428 sg., Arndts, *Diz. G.* III p. 899, Schmidt p. 53, Vangerow II § 470 not. in f., Schröder p. 94 sg.

(7) Il diritto di preterizione dichiarava non valido il grado, rispetto al quale

tutti i gradi successivi non sono valide[8]. L'ammissibilità della diseredazione con intenzione benevola[9] non è stata abrogata dalla Novella[10].

La lesione alla legittima sottostà agli stessi principî dell'esclusione dall'istituzione d'erede, cioè anch'essa deve giustificarsi mediante la espressa menzione d'una causa d'esclusione riconosciuta nella Novella[11].

§ 590.

Le singole cause d'esclusione sono le seguenti[1]:

A) Cause per cui gli ascendenti possono escludere i loro discendenti[2].

---

sussisteva la preterizione, anche senza che fosse venuta la sua volta, per modo che in base ad esso non poteva ereditare quando pure il preterito fosse mancato prima. L. 8 l. 14 pr. D. *de lib.* 28. 2, l. 3 § 6 l 4, 5 D. *de iniusto* 28. 3. Ciò vien meno pel diritto ultimo, secondo la qui adottata opinione sulla natura della invalidità che si verifica giusta la Nov. 115, mentre i sostenitori della nullità assoluta devono ammettere il contrario (cfr. § 588 nota 8).

(8) Così il diritto di preterizione per il caso della sopravvenienza d'un *postumus* e dell'esperimento della *bonorum possessio contra tabulas*, mentre in caso di invalidità iniziale d'un grado precedente esso chiamava il successivo. L. 5 D. *de iniusto* 28. 3, l. 14 pr. D. *de lib.* 28. 2, l. 8 § 5 D. *de B. P. c. t.* 37. 4. Cfr. la precedente nota e § 588 nota 8.

(9) V. § 583 Num. 2.

(10) Così Arndts, *Diz. G.* III p. 901, Mühlenbruch XXXVII p. 394 sg., Schmidt p. 169, K. Schmidt, *Arch. per la prat. civ.* LIV p. 377. Di div. op. Unterholzner, *Arch. per la prat. civ.* II p. 52 sg., parzialmente Zimmern, *Ib.* VIII p. 153 sg., v. pure Francke p. 439.

(11) La Novella non lo dice espressamente; ma essa vuol manifestamente, « che senza la allegazione e la giustificazione d'una causa legale di diseredazione un erede necessario non solo non venga escluso dalla istituzione d'erede, ma anche in ogni caso riceva la sua intiera legittima. Arndts p. 124. Altri (così Francke p. 340. 341, Schmidt p. 170) esigono invero una causa legale di diseredazione, ma non la espressa menzione della stessa.

§ 590. (1) Glück VII p. 209 sg., v. Buchholtz, *Dissertazioni giur.* p. 128 sg., Mühlenbruch XXXVII p. 140 sg., Francke p. 404 sg., Arndts, *Diz. G.* III p. 895 sg., Vangerow II § 484 osserv. Nr. II, Sintenis III p. 603 sg. — Le cause per cui gli ascendenti possono escludere i loro discendenti, sono contenute nel c. 3 della Novella; le cause per cui i discendenti possono escludere i loro ascendenti sono contenute nel c. 4. La estensione analogica delle cause ivi

1. Insidia alla vita.
2. Vie di fatto.
3. Altre gravi offese.
4. Accusa penale, fuori che per causa di delitti contro il sovrano e contro lo Stato.
5. Falsa denunzia, per la quale l'ascendente abbia risentito un rilevante pregiudizio[3].
6. Adulterio colla moglie dell'ascendente[4].
7. Impedimento alla confezione d'un testamento[5].
8. Rifiuto di cauzione per l'ascendente che si trova in prigione; però questa causa vale soltanto per i discendenti maschi[6].
9. Trascuranza durante una infermità di mente.
10. Omissione del riscatto dalla prigionìa, quando il discendente abbia compiuto i diciotto anni.

---

indicate non è in massima esclusa; però si dovrà procedere con cautela, perchè Giustiniano espressamente dichiara, che egli enuncia le singole cause d'esclusione per eliminare la esistente incertezza giuridica (c. 3 pr.). Cfr. Glück VII p. 248 sg., Francke p. 412 sg., Arndts, *Diz. G.* III p. 898, Vangerow II p. 287 sg., Schmidt p. 163 sg., dall'altra parte Mühlenbruch XXXVII p. 176 sg. Una questione particolare, che si riferisce a questo punto, è se i delitti contro uno degli ascendenti o discendenti autorizzino l'altro all'esclusione; v. al riguardo Mühlenbruch p. 171 sg., Arndts p. 897 sg., Vangerow p. 288, dall'altra parte Schmidt p. 164. Su particolari disposizioni v. Stobbe. *D. privato tedesco*, I § 45 nota 17.

(2) Oltre alle cause enumerate in seguito, la Novella menziona pure (§ 14) l'eresia; questa ragione oggidì non è più pratica (I § 55). Seuff., *Arch.* XI. 166.

(3) La Vulgata parla bensì d'un *delator* in generale; ma il senso più determinato di questa parola risulta dal testo originario greco, che ha συκοφάντης (= *calumniator*), Mühlenbruch p. 149-150. La Novella dice inoltre: « *si delator contra parentes* filius *exstiterit* », e perciò vogliono alcuni limitare questa causa d'esclusione ai discendenti maschi, Mühlenbruch p. 149; in contrario Arndts p. 896 not. 74.

(4) La Novella anche qui menziona soltanto il figlio; ma oltre alla moglie dell'ascendente anche la concubina di lui. Cfr. Mühlenbruch p. 147-149.

(5) Ciò è già dichiarato dalla l. 23 C. *de inoff.* 3. 28 come una « *iusta causa offensae* ».

(6) Giusta l'espressa dichiarazione della Novella (§ 8).

11. Comunella con avvelenatori e con persone dedite alla magia, e partecipazione alle loro operazioni[7].

12. Vita da artista di teatro e da saltimbanco, contro la volontà dell'ascendente[8].

13. Mal costume della figlia, della nipote ecc.; o matrimonio contro la volontà dell'ascendente, salvochè l'ascendente fino al suo 25mo anno di lei non avesse preso alcun provvedimento per il suo matrimonio[9].

B) Cause, per le quali i discendenti possono escludere i loro ascendenti[10].

1. Insidia alla vita.

2. Accusa d'un delitto meritevole di morte, fuori che per alto tradimento[11].

3. Adulterio colla moglie del discendente[12].

4. Impedimento alla confezione d'un testamento[13].

5. Omissione del riscatto dalla prigionìa.

6. Trascuranza in una infermità di mente.

---

(7) « *Si cum maleficis hominibus ut maleficus versatur* » (§ 4). Il testo greco ha: « εἰ μετὰ φαρμακῶν ὡς φαρμακὸς συναναστρέφεται ». Questa espressione ha il doppio senso indicato nel testo. **Mühlenbruch** p. 144-146.

(8) « *Si filius praeter voluntatem parentum arenariis vel mimis se sociaverit* » (§ 10). Il testo greco ha: « μεταξὺ κυνηγῶν ἢ μίμων ». Cfr. **Arndts** p. 896 not. 78. V. pure l. 11 C. *de inoff.* 3. 28.

(9) Questa causa d'esclusione è nella legge (§ 11) espressa assai male. Cfr. **Francke** p. 407 sg., **Mühlenbruch** p. 153 sg., **Vangerow** p. 286. *Sent. del Trib. dell'Imp.* XV p. 166.

(10) Anche qui la Novella indica come ulteriore causa d'esclusione la eresia, cfr. nota 2.

(11) Nov. 115 c. 4 § 1: « *Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint* (« εἰ οἱ γονεῖς εἰς ἀναίρεσιν ζωῆς τοὺς ἰδίους παῖδας παραδοῖεν »). Cfr. **Mühlenbruch** XXXVII p. 167 sg.

(12) Altri limitano questa causa d'esclusione alla moglie del figlio, o a dirittura del figlio che forma ancor parte della famiglia. Cfr. **Mühlenbruch** p. 168, **Arndts** p. 897 not. 82, **Vangerow** p. 287. La Novella menziona anche qui (cfr. nota 4) la concubina.

(13) Anche in relazione a questo caso vengono affermate le stesse limitazioni, come in relazione al precedente. Cfr. **Mühlenbruch** p. 169, **Arndts** p. 897 not. 23.

7. Veneficio a danno del proprio coniuge, per togliergli la vita o l'intelligenza[14].

Le cause d'esclusione perdono la loro efficacia col perdono dell'offeso, e non solo se il perdono avviene prima della confezione del testamento[15], ma anche se avviene posteriormente[16].

§ 591.

Se i discendenti e gli ascendenti sono esclusi dalla istituzione d'erede fuori dei termini di legge, le disposizioni della Novella portano che le istituzioni d'erede contenute nel testamento sono invalide[1]. Sulla natura di questa invalidità si è disputato fin dall'epoca dei Glossatori e si disputa ancora[2]. Una opinione la ritiene nullità (c. d. sistema della nullità)[3], un'altra la ritiene impugnabilità secondo i principî della *querela inofficiosi testamenti* (c. d. sistema della inofficiosità)[4], una terza opinione distingue: quando non sia

---

(14) Deve il coniuge perseguitato essere ascendente del diseredante? Cfr. Mühlenbruch p. 170, Arndts p. 897 not. 24.

(15) Una colpa perdonata non è più colpa. V. pure l. 11 § l. 17 § 6 D. *de iniur.* 47. 10. Così il maggior numero degli scrittori. Di div. op. isolato Schmidt p. 166; v. pure Glück VII p. 217 sg.

(16) Non è per questo caso meno vero, che una colpa perdonata non è più colpa. Francke p. 415, Arndts, *Diz. G.* III p. 899-900, v. pure Glück VII p. 219 sg.; di div. op. Mühlenbruch XXXVII p. 185 sg., Vangerow II p. 288, Sintenis § 197 not. 22. In contrario anche Seuff., *Arch.* V. 34. XXXV. 301.

(1) V. § 587, nota 5. § 591.

(2) Cfr. le notizie (del resto parzialmente riferentisi pure alla questione illustrata nel seguente §) che si trovano in Glück VII p. 335 sg., Bluntschli p. 267 sg., Mühlenbruch XXXVII p. 245 sg. 298 sg., Francke p. 367 sg., Arndts p. 106 sg., Vangerow II § 485 osserv.

(3) V. nota 6 sg.

(4) Questo sistema, che, come del resto anche i due altri, si trova già sostenuto nella Glossa, è stato sostenuto fra gli antichi specialmente da Cuiaccio e da Donello, e fra i moderni, specialmente da Glück VII p. 335 sg., Unterholzner, *Teoria della prescrizione* II § 170, Elvers, *Temi N. S.* I p. 236 sg., Mayer § 104, Köppen, *Sistema* p. 160 sg. e *Programma* p. 78 sg.,

allegata alcuna causa d'esclusione, si farebbe luogo a nullità, quando ne sia allegata una non vera, ad impugnabilità (c. d. sistema misto)[5]. I sostenitori della nullità poi sono fra loro nuovamente discordi su punti essenziali. — *a*) Gli uni insegnano che le istituzioni d'erede, cui sta di fronte un erede necessario non debitamente escluso, siano a dirittura nulle, anche se l'erede necessario all'epoca della morte del testatore non vive più[6]. — *b*) Secondo un'altra opinione, le istituzioni d'erede non sarebbero nulle fin dal principio, ma lo diventerebbero per ciò, che al tempo della morte del testatore esista un erede necessario non debitamente escluso[7]. — *c*) Una terza opinione va ancor più oltre, e fa diventar nulle le istituzioni d'erede solamente con ciò, che l'erede necessario esistente alla morte del testatore dichiari di voler far uso del suo diritto d'erede necessario, ma allora, come le due preaccennate opinioni, fa luogo alla successione intestata pura[8]. — *d*) Secondo una quarta opinione infine, per la dichiarazione dell'erede necessario si verificherebbe la successione intestata soltanto a favore degli eredi necessari indebitamente esclusi[9].

Brinz 1ª ediz. p. 744 sg. 2ª ediz. III, p. 107 sg., Dernburg III § 154, Vendt § 357. 361. Seuff., *Arch.* XIV. 244.

(5) Questo sistema, per lungo tempo riconosciuto come dominante nella pratica (cfr. Mayer § 104 nota 8), è sostenuto fra i moderni soltanto ancora da Puchta § 493 e *Lez.* corrispondenti.

(6) Così fra i moderni Heumann, *Riv. pel d. e per la proc. civ.* XVII p. 203 sg., Vering p. 421 sg., Schmidt p. 174 sg., Vangerow II § 485, Sintenis III § 198. Anche Brandis, *Riv. pel d. e per la proc. civ.* VII p. 197 sg. appartiene a questo novero, ma nel caso di posteriore mancamento dell'erede necessario vuole provvedere per via della *b. p. secundum tabulas.*

(7) Così Mühlenbruch XXXVII p. 245 sg. 256 sg., Wächter p. 843 sg., parzialmente Tewes § 139.

(8) Così Bluntschli p. 234 sg., Francke p. 382 sg., Arndts p. 106 sg., Seuff., *Arch.* III. 85, cfr. XXV. 452, XLIV. 262, [XLVIII. 273.]

(9) Così Puchta § 493 pel suindicato caso, Leist, *Continuazione del Glück* serie dei libri 37 e 38 II p. 178 sg. — Per la nullità, senza più minuta indicazione, Seuff., *Arch.* XXVIII. 43, XXXIII. 240, XXXIX. 320 (Trib. dell'Imp., *Sent.* XI p. 230). V. pure Seuff., *Arch.* III. 355, V. 205, VIII. 70, X. 274, XIX. 247.

Di questi diversi sistemi ed opinioni quello che ha per sè minori argomenti è il sistema misto[10]. Per il sistema della nullità nella sua forma pura, accennata nella lett. *a*, milita tutt'al più la lettera della Novella[11]. Se si abbandona l'interpretazione letterale, si viene mano a mano sospinti a traverso le varie gradazioni del sistema della nullità fino all'ultima[12], che è in contatto immediato col sistema della

---

[Nullità relativa, *querela nullitatis ex iure novo*, rinuncia ad essa, Seuff., *Arch.* LIII. 19.]

(10) La Novella dice nel c. 3: « *Si autem* haec *observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed...* », nel c. 4: « *Si autem* haec omnia *non fuerint observata, nullam vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus, sed...* ». D'una distinzione fra i diversi punti delle norme date per la diseredazione non esiste alcuna traccia.

(11) Tutt'al più. Si invoca l'espressione: « *nullam vim* (μηδεμίαν δύναμιν) *huiusmodi testamentum... habere* » (c. 4 § 9). Ma a questa espressione si contrappongono le espressioni: « *rescisso testamento* (ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης) », c. 4 § 9 — « *testamento evacuato* (τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης) », c. 3 § 15, e se non si deve negare che queste ultime espressioni possano riferirsi anche ad una estinzione per legge, è pure incontrastabile che l'espressione accennata per prima non deve necessariamente riferirsi alla nullità in opposizione alla impugnabilità. Cfr. I § 82 nota 2. Si adduce inoltre che Giustiniano nei c. 3 § 14 e c. 4 § 9 indica come conseguenza della indebita esclusione degli eredi necessari semplicemente il verificarsi della successione intestata. Ma Giustiniano nel c. 3 § 14 prelude a questa disposizione colle parole: « *nullum exheredatis liberis praeiudicium generari* »; e tuttavia potrà essere suo intendimento che la successione intestata debba aver luogo anche quando non si può affatto parlare d'un pregiudizio dei figli diseredati, e forse esiste soltanto un parente affatto lontano, al quale l'ereditando non ha mai pensato? Di fronte a questo argomento, cui gli avversari manifestamente dànno troppo poco peso, mi pare che non possa menarsi buono neppure il richiamo all'analogia del pr. I. *de exh. lib.* 2. 13 (cfr. Gai. II. 123), anche astraendo da ciò che per lo meno è dubbio (cfr. Arndts p. 93 sg., Vangerow II § 473 osserv. Nr. 2), se il diritto anteriore non contrapponesse qui alla nullità del testamento la *b. p. secundum tabulas* e che è indubitato che esso lo faceva nel caso di preterizione d'un *postumus*, caso che tuttavia è pure compreso nella disposizione della Novella.

(12) Il pensiero fondamentale della legge è, che le istituzioni d'erede non devono tornare a danno degli eredi necessari indebitamente esclusi, e se da ciò si argomenta, che esse restano salde nel caso che gli eredi necessari vengano a mancare prima della morte del testatore (nota 11), non apparisce per qual ragione le istituzioni d'erede non debbano restar salde anche quando gli eredi necessari non vogliono rilevare le offese loro arrecate; ed ancor meno

inofficiosità[13]. Se si debba fare ancora un passo e giungere a quest'ultimo sistema, può apparir disputabile. Ma per la soluzione affermativa di questa questione è decisiva la considerazione, che Giustiniano equipara l'esclusione dalla istituzione d'erede a quella dalla legittima, la dichiara come questa una offesa, che non si può infliggere se l'escluso non se la ha meritata[14].

---

apparisce per qual ragione, quando gli eredi necessari vogliono rilevarle, debbano subentrare accanto ad essi gli altri eredi intestati, ai quali colle istituzioni d'erede del testamento non si è arrecato alcun torto (eredi necessari debitamente esclusi, eredi intestati non necessari). Così si viene poi certamente al risultato, che in conseguenza della violazione delle norme della Novella non in tutti i casi si fa luogo a pura successione intestata, come tuttavia la Novella prescrive: ma è poi così difficile l'ipotesi, che Giustiniano abbia pensato soltanto al caso ordinario in cui, oltre agli eredi necessari indebitamente esclusi, non esistono altri eredi intestati? E ad ogni modo non mi pare appunto possibile di reggersi a piè fermo sopra questo piano sdrucciolevole: io opino, che se non si vuol fare anche l'ultimo passo, non si possa andare al di là della nullità assoluta.

(13) Già l'opinione esposta alla lett. *c* afferma la nullità soltanto nominalmente, in realtà la impugnabilità, la impugnabilità mediante la semplice dichiarazione di volontà del leso. Cfr. I § 82 nota 5*a* ed Arndts p. 114 nota 155. In fatto poi, anche Puchta loc. cit. dice proprio, che la invalidità, da lui professata, è « non nullità, ma rescindibilità ». In questa quarta opinione (sotto la lett. *d*) s'aggiunge soltanto, che essa chiama le stesse persone che verrebbero anche secondo il diritto della *querela inofficiosi testamenti*.

(14) Nel campo avversario al sistema della inofficiosità rappresenta una parte principale l'argomento, che la Novella prescriva la necessità dell'istituzione d'erede come una formalità, e che la violazione d'un precetto di forma può avere per conseguenza soltanto la nullità. Io devo confessare, che duro fatica ad intendere questo argomento. L'istituzione d'erede prescritta dalla Novella è una formalità, in quanto la quota della istituzione d'erede è indifferente; ma è più d'una formalità già perchè l'istituzione d'erede non può essere intieramente senza contenuto, ma innanzi tutto per ciò, che essa, secondo il concetto di Giustiniano, è una attestazione d'onore per l'istituito, e la sua omissione un'offesa per lui. E questa offesa Giustiniano la equipara del tutto, come s'è detto, a ciò che solo fin'allora si considerava come offesa dell'erede necessario, cioè la lesione nella legittima: egli estende il concetto dell'offesa fatta all'erede necessario. Egli dice di volere disciplinare *ex novo* la questione degli estremi in base ai quali sia lecita una offesa all'erede necessario; essere il diritto, il quale a questo riguardo fino ad allora aveva avuto vigore, incerto ed insufficiente. Ma il diritto fino allora vigente si riferiva alla esclusione dalla legittima, il nuovo si riferisce alla esclusione dalla istituzione d'erede; non ne

Il risultato è quindi, che Giustiniano nella Novella 115 ha voluto dare soltanto un nuovo assetto alla *querela inofficiosi testamenti*, e che quindi perdura il diritto di quest'ultima, in quanto esso non sia espressamente abrogato. Ma esso, astrazione fatta dai requisiti dell'esclusione (§ 589. 590), è abrogato soltanto per l'unico riguardo, che colle istituzioni d'erede non deve venir meno anche il restante contenuto del testamento[15]. Deve farsi però una eccezione relativamente ai legati a favore dello stesso erede necessario impugnante; non è da ammettere, che Giustiniano in questa mutazione del diritto esistente abbia pensato ad altri, che ad estranei[16]. Che poi i legati e le altre disposizioni del testamento non si tengano in vigore, qualora il testamento sia caduco per ragioni diverse dalla impugnativa dell'erede necessario, è cosa che s'intende di per sè[17].

---

risalta a fior d'evidenza, che per il concetto di Giustiniano l'una e l'altra esclusione si compendia in uno stesso concetto? E tuttavia sarà stata sua intenzione che per questo concetto conservato il diritto antico abbia ad essere posto intieramente da parte? Che Giustiniano abbia voluto porre intieramente da parte l'antico diritto, è tanto meno da ammettere, in quanto la Novella 115 contiene ancora una intiera serie d'altre disposizioni (§ 587 nota 1); se Giustiniano avesse voluto emanare una nuova legge fondamentale per la successione ereditaria necessaria dei discendenti e degli ascendenti, egli difficilmente lo avrebbe fatto nella forma d'una legge di contenuto misto. — Del resto qui per conchiudere può ancora osservarsi, che in questa materia non può metters innanzi alcuna opinione, della quale possa dirsi che abbia per sè ragioni coartanti ed escludenti ogni contraddizione. Ciascuna opinione dovrà rassegnarsi a non vedere apprezzate dall'altra parte le considerazioni su cui si fonda, nella maniera stessa nella quale essa crede di doverlo fare. Onde non v'è qui neppure un principio di speranza in una conciliazione delle opinioni.

(15) § 587 nota 6. Appartiene a questo novero anche la sostituzione pupillare, cfr. l. 34 § 2 D. *de vulg.* 28. 6. Mühlenbruch XXXVII p. 286 sg., Arndts p. 152. Così le diseredazioni: se si è d'opinione che esse vengano tenute ferme anche in caso di *querela inofficiosi testamenti* (§ 584 not. 24). Arndts p. 152, Vangerow § 485 osserv. in pr. e gli scrittori ivi citati.

(16) Cfr. pure l. 5 § 2 D. *de leg. praest.* 37. 5. Però anche questo punto è assai controverso. Per l'opinione accolta nel testo: Bluntschli p. 263 sg., Francke p. 389; in contrario Mühlenbruch XXXVII p. 284 sg., Arndts p. 153, Schmidt p. 180 sg., Vangerow § 485 osserv. in pr., Sintenis § 198 not. 2.

(17) Cfr. l. 3 § 7 D. *de leg. praest.* 37. 5. « *Ea autem legata sola praestant*

§ 592.

Un'altra questione assai controversa è: in qual rapporto la Novella 115 stia coll'antico diritto di preterizione[1]. Da alcuni si afferma che questo diritto sussiste[2] simultaneamente alla Novella, o relativamente alle persone, alle quali esso si riferiva, e ciò soltanto rispetto agli estremi della esclusione valida[3], od anche rispetto agli effetti della non valida[4]. Ma questa opinione[5] non è accettabile[6]. Non è cre-

---

qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt, quae utiliter data sunt, verum idcirco non debentur, quod filius contra tabulas bonorum possessionem accipit ». Quindi l'erede necessario non è tenuto a prestare i legati segnatamente allorquando l'erede istituito muore prima del testatore o prima dell'adizione dell'eredità, cfr. l. 10 § 1 D. *de leg. praest.* 37. 5. Diversamente se l'erede istituito rinunzia semplicemente per ciò, che egli sa, che l'erede necessario gli toglierà l'eredità; poichè in questo caso la vera ragione per la quale egli non diventa erede, è pur sempre la violazione del diritto dell'erede necessario, cfr. l. 4. 12. 13 D. *eod.* Sulle diverse opinioni v. Francke p. 390 sg., Mühlenbruch p. 295 sg., Arndts p. 151, Schmidt p. 171 sg.

§ 592. (1) V. le indicazioni sulla letteratura in Mayer p. 268 sg., Bluntschli p. 267 sg., Francke p. 355 sg., Mühlenbruch XXXVII p. 289 sg.

(2) Per questa opinione si sono usate le designazioni: sistema della correzione, sistema addizionale, sistema della diseredazione; per quella opposta le designazioni: sistema dell'esclusione, sistema della derogazione, sistema della riforma.

(3) I punti, dei quali qui si tratta in particolare, sono i seguenti. È viziosa, secondo il diritto della preterizione, la diseredazione fatta: *a*) non nominatamente (§ 576 nota 9, § 577 nota 9); *b*) sotto una condizione, l. 3 § 1 D. *de lib.* 28. 2, l. 18 pr. D. *de B. P. c. t.* 37. 4; *c*) insieme ad una istituzione subordinata alla morte dell'erede necessario (*post mortem filii*), l. 13 § 2 l. 29 § 10 D. *de lib.* 28. 2, l. 4 § 2 D. *de her. inst.* 28. 5; *d*) pel caso, che l'istituito diventasse erede (*post aditam hereditatem*), l. 69 [68] D. *de her. inst.* 28. 5, l. 3 § 2 D. *de lib.* 28. 2; *e*) *ex certa re*, l. 19 D. *de lib.* 28. 3. Per quanto concerne il requisito della diseredazione *ab omni gradu*, v. § 589 nota 6. Cfr. Francke p. 59 sg., Mühlenbruch XXXVI p. 391 sg., Arndts III p. 890 sg., Schmidt p. 46 sg., Schröder p. 79 sg.

(4) Qui viene in considerazione: *a*) la specie della invalidità ed il mezzo con cui la si fa valere (nullità, *bonorum possessio contra tabulas*); *b*) la portata della invalidità in relazione alle restanti disposizioni del testamento (nullità completa secondo il diritto civile, mantenimento di certe disposizioni nella *bonorum possessio contra tabulas*). Cfr. Vangerow § 486 in f, Schmidt p. 190 sg.

dibile che Giustiniano tacitamente abbia ammesso, che una diseredazione valida debba, oltre ai requisiti da lui prescritti, avere pur anche quelli del diritto fino allora vigente. Poichè la diseredazione della Novella 115 è una cosa di tutt'altra specie dalla diseredazione del diritto anteriore; questa è un diritto del testatore da usarsi con libero arbitrio, quella una pena, che può infliggersi soltanto per determinate cause[7].

Inoltre viene in considerazione, *c*) che secondo il diritto civile, come secondo il pretorio, l'istituzione condizionale d'erede (meglio: la preterizione che vi è insita per il caso dell'inadempimento della condizione) rende invalido il testamento, mentre, secondo il diritto della Novella 115, l'istituzione d'erede condizionale, almeno secondo l'opinione qui sostenuta, si corregge colla cancellazione della condizione. Cfr. § 588 note 4 6.

(5) L'opinione, che il diritto anteriore continui a sussistere tanto relativamente agli estremi della valida esclusione, quanto relativamente agli effetti della invalida, è sostenuta, fra gli antichi, specialmente da Cuiaccio (v. inoltre i menzionati in Mayer I § 101 note 5. 7), fra i moderni specialmente da Mayer loc. cit., Vering p. 424 sg., Vangerow II § 486 osserv. Nr. III, Schmidt p. 182 sg. (il quale però per la pratica crede di poter passar sopra alle statuizioni del diritto anteriore; in contrario, certo a ragione, Vangerow loc. cit.). V. pure Seuff., *Arch.* XVIII 263. Che per gli estremi dell'esclusione valida l'antico diritto abbia invece conservata la sua forza, ma che per contro gli effetti della esclusione invalida si debbano determinare semplicemente secondo la Nov. 115, è l'opinione di Mühlenbruch XXXVII p. 192 sg. 298 sg. — Isolatamente si è persino affermato, che le statuizioni del diritto anteriore siano state estese dalla Novella a tutti i discendenti, come pure agli ascendenti; così Heumann, *Riv. pel dir. e per la pr. civ.* XVII p. 246 sg, Puchta § 493*e*.

(6) Così pure i Basilici e la Glossa, fra i moderni segnatamente Bluntschli p. 245 sg., Francke p. 357 sg. 397 sg., Arndts p. 116 sg., Wächter p. 843 sg., Köppen, *Sistema* p. 162 sg. e *Programma* p. 81 sg., Tewes § 138, Brinz 1ª ediz. p. 742 sg. 2ª ed. III p. 104 sg., Sintenis § 196 not. 1, Dernburg III § 154 in f., Wendt § 357, Leist, *Continuaz. di Glück* serie dei libri 37 e 38 III p. 192 sg. esprime ora l'opinione che il diritto della preterizione non sia invero stato abolito dalla Novella 115, ma bensì già dalla Novella 18. Però egli stesso ammette, che nella Novella 18 se ne fa così poco menzione quanto nella Novella 115, ed è riconosciuto che la Novella 18 vuole regolare soltanto un punto speciale.

(7) Dall'altra parte si allega che Giustiniano non ha abolito il diritto anteriore, e che appunto perciò ne persiste il vigore. Questo è un argomento di assai dubbio valore. Non si può con pari diritto dire, che Giustiniano abbia abolito il diritto anteriore appunto per ciò, che non lo ha confermato? Poichè

D. *Diritto della vedova povera e dell'arrogato impubere.*

§ 593.

La ragione, spettante alla vedova povera ed all'arrogato impubere sopra una parte del patrimonio ereditario del marito o rispettivamente del padre arrogante (§ 574), ha vigore non solamente rispetto alla successione ereditaria intestata, ma anche rispetto ad un'ultima volontà che non

---

egli comincia col togliere agli ascendenti un diritto che essi fino allora avevano avuto (« *Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri suum filium vel filiam... praeterire aut exheredes in suo facere testamento* »), e lo restituisce poi ad essi sotto certe presupposizioni (« *nisi forsan probabuntur ingrati* CETT. »). Io non dico che quest'ultima interpretazione sia necessaria; ma ammissibile essa lo è certamente altrettanto quanto quella degli avversari. E per essa sta la ragione indicata nel testo, che effettivamente, e altresì nessuno lo nega, la diseredazione del diritto nuovo è qualitativamente diversa da quella dell'anteriore. La diseredazione del diritto anteriore è una misura arbitraria dell'ereditando e si comprende che per essa abbia acquistato valore il principio: *exheredationes non esse adiuvandas* (l. 19 D. *de lib.* 28. 2), dal quale sono derivate le singole norme menzionate nella nota 3. La diseredazione del diritto nuovo come è un'offesa alla pietà quando è fatta senza causa, così, se fondata, è una giusta pena. Allora si pensi anche quanto sia poco verosimile che Giustiniano non abbia voluto applicare il nuovo concetto legislativo da lui introdotto (come conseguenza della esclusione — materialmente ingiustificata — dalla istituzione d'erede, la eliminazione delle istituzioni d'erede effettivamente fatte mantenendo le restanti disposizioni del testamento) a casi nei quali pure ricorre anche una esclusione, materialmente ingiustificata, dalla istituzione d'erede; o che il suo intendimento sia stato, che si faccia luogo ad una più estesa invalidità del testamento in casi nei quali non ricorre neppure una esclusione materialmente ingiustificata dall'istituzione d'erede. Sopra e contro un ulteriore argomento, che Francke p. 362 sg. 341 sg. deduce dalla l. 30 pr. C. *de inoff.* 3. 28 (vv. « *vel alio modo subvertendis* ») (cfr. pure Köppen, *Programma* p. 68), v. Mühlenbruch XXXVII p. 103 sg., Fuhr, *Riv. pel d. e per la proc. civ.* VII p. 290 sg., Arndts p. 103 sg., Schmidt p. 154 nota 5, Vangerow p. 297 sg. — Del resto qui è da ripetere ciò che è stato detto al § 591 nota 14: neppur qui alcuna delle opinioni contrastanti potrà mai assorgere ad efficacia pienamente convincente, e così anche a questa controversia, se non venga troncata legislativamente, è riservata una durata eterna.

tenga conto di questa ragione[1], senza però in quest'ultimo caso mutare la sua natura[2]; essa in questo caso contiene un onere per gli eredi istituiti, alla stessa maniera come nell'altro caso per gli intestati[3]. Il diritto spettante all'arrogato come figlio di far cadere il testamento nel caso d'indebita esclusione[4], persiste del resto intatto accanto a questa ragione[5]. — Le violazioni di questa ragione per via di libe-

---

(1) V. *a)* Nov. 53 c. 6. « *Si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir minus quarta parte, compleri* ». La legge non parla del caso in cui il marito nulla affatto abbia lasciato alla moglie; ma è intuitivo che la esclusione completa non può essere ammissibile, ove quella parziale è illecita. Cfr., oltre ai menzionati al § 574 nota 2, ancora Francke p. 481 sg. — *b)* Per quanto concerne l'arrogato, v. le leggi citate al § 574 nota 11. Francke p. 470 sg., Arndts p. 161 sg., Schröder p. 552 sg., Köppen, *Sistema* p. 133 sg., *Programma* § 89, Vangerow I § 252 osserv., Sintenis III p. 108 sg. § 593.

(2) La natura d'un legato legittimo.

(3) Cfr. l. 8 § 15 D. *de inoff.* 5. 2: — « *quartam ei quasi aes alienum concedendam* »; l. 1 § 21 D. *de coll.* 37. 6: — « *et magis est, ut ad heredem transferat (sc. actionem), quia personalis actio est* ». Cfr. su quest'ultimo frammento Francke p. 478 sg.

(4) La ragione, che compete all'arrogato impubere come tale, non gli può essere tolta neppure a causa di cattiva condotta. § 3 I. *de adopt.* 1. 11: — « *si decedens pater eum exheredaverit vel vivus sine iusta causa emancipaverit* », riguardo alla diseredazione qui non si fa parola di *iusta causa.* Di div. opin. Francke p. 474 sg.; in contrario Arndts p. 162, Vangerow p. 469, Schröder p. 553.

(5) Si è affermato il contrario in base della l. 8 § 15 D. *de inoff.* 5. 2. Ma, sebbene non sia giustificato il limitare la decisione di questo passo al caso dell'emancipazione, del quale essa direttamente parla; questa decisione si spiega però perfettamente con ciò, che al tempo in cui il testo veniva scritto, la legittima non ammontava a più di quanto competeva all'arrogato, quindi era coperta dalla ragione a lui spettante (cfr. § 581 nota 8 in f.). La cosa è mutata dopo che la Novella 18 ha aumentato la legittima, e non può parlarsi d'un complemento della quarta dell'arrogato fino a concorrenza della legittima, poichè la quarta non dipende da una liberalità dell'ereditando. Cfr. sulle diverse opinioni e concetti Francke p. 474 sg., Köppen, *Programma* § 89 in f., Arndts p. 161 sg., Vangerow loc. cit. Nr. 2, Sintenis loc. cit. not. 45, Schröder p. 555 sg. 561 sg. — Contro l'opinione che dalla Nov. 18 colla legittima dei figli sia stata elevata anche la quarta dell'arrogato, v. la chiusa del citato c. 1: « *hoc servando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio* DE INOFFICIOSO *lege decreta est* ».

ralità fra vivi possono impugnarsi rispetto agli eredi, dalla vedova povera incondizionatamente[6], dall'arrogato impubere nel caso di lesione dolosa[7] (*e*).

CAPITOLO III.

DELL'ACQUISTO DELL'EREDITÀ[*]

Prospetto.

§ 594.

L'acquisto della eredità è concettualmente sempre distinto dalla chiamata alla eredità[1]; quanto al tempo, l'acquisto e la chiamata non sempre cadono in momenti diversi. Di regola sicuramente; di regola per l'acquisto dell'eredità occorre una speciale dichiarazione di volontà del chiamato (§ 596 sg.)[2]. Ma eccezionalmente vi sono persone, che senza

---

(6) L'opinione dominante le concede la *querela inofficiosae donationis.* Francke p. 503, Mühlenbruch XXXVI p. 55. 56; cfr. Arndts p. 163. 164. Di div. op. Petri (§ 574 nota 2) p. 59 sg., che anche qui, come nel caso seguente, esige la dolosa intenzione di ledere.

(7) L. 13 D. *si quid in fr. patr.* 38. 5: — « *si quid... in fraudem eius alienatum fuerit, quasi per Calvisianam vel Favianam actionem revocandum est* ». Le menzionate azioni sono state introdotte a tutela della ragione di legittima, che competeva al patrono contro il liberto, la *Faviana* (*Fabiana*) per il caso in cui il liberto moriva *testatus*, la *Calvisiana* per il caso in cui moriva *intestatus*. Sul requisito della intenzione dolosa (*dolus, fraus*) v. l. 1 pr. § 1. 4 l. 3 § 3 l. 4 pr. tit. cit., l. 1 § 3. 4. 12. 27 *eod.* Il *dolus* dell'acquirente non è richiesto, l. 1 § 4. 12 tit. cit. Perciò gli eredi rispondono incondizionatamente l. 1 § 26 *eod.*; anche la prescrizione è quella ordinaria. Cfr. sulle indicate azioni in genere Schmidt, *Il diritto di legittima del patrono e del parens manumissor* p. 93 sg., Leist, *Cont. di Glück* serie dei libri 37 e 38 V p. 550 sg.

(*) Inst. 2. 19 *de heredum qualitate et differentia.* Dig. 29. 2 *de adquirenda vel omittenda hereditate.* Cod. 6. 30 *de iure deliberandi et de adeunda vel adquirenda hereditate.* 6. 31 *de repudianda vel abstinenda hereditate.*

§ 594. (1) Di div. op. Köppen, *Sistema* p. 253; a quanto mi pare senza fondamento. Perchè la l. 151 D. *de V. S.* 50. 16 (§ 530 nota 2) dovrebbe venire coartata? Essa si riferisce al caso ordinario. Che l'espressione *delata hereditas* venga pure usata pel *suus heres*, non lo nega neppur Köppen. Attualmente del resto Köppen non tiene più fermo questo concetto. V. *Trattato* p. 196. Cfr. pure Mommsen, *Dir. pubblico rom.* I p. 476 sg. [3ª ediz. p. 578 sg.].

(2) Ciò vale in simile maniera anche per l'erede contrattuale, il quale anzi,

una tale dichiarazione di volontà, hanno subito anche acquistata l'eredità col solo fatto della chiamata (§ 595).

Il diritto d'acquistare l'eredità è in massima un diritto personale del chiamato. Ma questa massima nel diritto romano non è rimasta inalterata; in una serie di casi il diritto romano, in base alla chiamata dell'uno, concede ad un altro l'acquisto dell'eredità (§ 600 sg.).

Quale è il vero oggetto dell'acquisto? Una speciale illustrazione è resa qui necessaria per il caso, in cui sono chiamati più eredi (teoria del diritto d'accrescimento). Su ciò § 602 sg.

I. Acquisto per effetto della chiamata in se stessa*.

§ 595.

Le persone, che acquistano senz'altro l'eredità per effetto della chiamata in stessa[1] (naturalmente presupposta la sua efficacia), sono i discendenti dell'ereditando, che al tempo della morte di lui stavano nella sua potestà[2]. Ciò vale tanto per la chiamata testamentaria, quanto per la chiamata *ab*

---

mediante il contratto ereditario, non ottiene l'eredità, ma soltanto la chiamata all'eredità. Beseler, *Contratti ereditari* II. 1 p. 270 sg., Hartmann, *Contratti ereditari* p. 61, Seuff., *Arch.* XXII. 248, XXXVII. 45 (Trib. dell'Imp., *Sent.* IV p. 172). [Steinlechner (§ 531*), conformemente al suo concetto fondamentale (v. § 531 nota 10 in f.), considera l'adizione della eredità come ratifica da parte del chiamato della chiamata ereditaria unilaterale (v. specialmente I § 39 sg.)].

(*) Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XLII p. 289-396. Arndts, *Diz. G.* IV p. 7. 8. Vering p. 478 sg. Köppen, *Trattato* § 31.

(1) La designazione romana per queste persone è: *necessarii heredes*. Essa contempla soltanto uno dei due lati, che il rapporto di queste persone presenta: sicuramente esse sono eredi CONTRO la loro volontà, ma è pur vero che esse sono eredi SENZA la loro volontà (che essi senza qualsiasi fatto proprio hanno acquistata una eredità, che pur vogliono avere). § 595.

(2) Come *necessarii heredes* (oltre allo schiavo istituito) vengono indicati nelle fonti i *sui heredes*. Pr. § 1-2 I. *h. t.*, § 2 I. *de her. quae ab int.* 3. 1, l. 14 D. *de suis* 38. 16. Ciò non è esatto (v. sul concetto dei *sui heredes* § 576 nota 1 sg.): poichè è *necessarius heres* anche quel discendente che all'epoca della devoluzione dell'eredità non stava invero direttamente nella potestà dell'ereditando, ma del quale è validamente escluso l'ascendente che lo precede, l. 6 § 5. 6 D.

intestato[3]. Ma le indicate persone non sono obbligate a ritenere l'eredità, se esse non vogliono averla; esse possono spogliarsene[4]. Non occorre un particolare acquisto di questo diritto di astensione; esso spetta in sè e per sè ai discendenti in potestà[5]. Se un discendente fa uso di questo diritto, si considera giuridicamente, come se non fosse affatto

---

h. t., l. 13 D. *de bon. lib.* 38. 2. Cfr. su ciò v. Löhr, *Arch. per la prat. civ.* II p. 198 sg., Mühlenbruch XXXVI p. 140 sg., Arndts p. 7. 8. — Cfr. l. 11 D. *de lib.* 28. 2. « *In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo heredes existimantur... Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur...* ». Gai. II. 157, § 2 I. *h. t.* Sopra una estensione dell'acquisto necessario nella sostituzione pupillare v. § 559 nota 20. Sulla idea o concetto d'una proprietà famigliare contenuto nei citati passi cfr. da una parte Brinz 1ª ediz. p. 1172-1178, 2ª ediz. III p. 42-44, Pernice, *Labeo* I p. 110, Schirmer, *Riv. della fondazione Sav.* II p. 164; dall'altra parte Mandry, *Il diritto patrimoniale comune della famiglia* I p. 10-28, Hölder, *Riv. della fondazione Sav.* III p. 211 sg., Hofmann, *Studi crit. sul dir. rom.* p. 209 sg.

(3) Cfr. pure l. 3 C. *h. t.* (6. 30). — Ma l'ereditando può togliere al discendente istituito, che è nella sua potestà, la qualità di *necessarius heres* collo istituirlo sotto la condizione che esso voglia, l. 87 [86] D. *de her. inst.* 28. 5, l. 12 D. *de cond. inst.* 28. 7, l. 5 D. *de cond.* 35. 1, l. 11 D. *h. t.*

(4) § 2 I. *h. t.*: — « *sed his praetor permittit volentibus abstinere se ab hereditate, ut potius parentis quam ipsorum bona... a creditoribus possideantur* ». Il diritto romano quindi nella sua posteriore evoluzione ha lasciato cadere proprio quell'aspetto del *necessarius heres*, dal quale è stata desunta la sua denominazione. — Letteratura dello *ius* (*beneficium*) *abstinendi:* Witte, *Dis. G.* I p. 856 sg. (1839), Mühlenbruch XLII p. 325 sg. (1841); v. pure Laspeyres, *Arch. per la prat. civ.* XXI p. 99 sg., Schmidt (d'Ilmenau), *Dissertazioni di d. civile* p. 63 sg., Mühlenbruch XLIII p. 123 sg., Huschke, *Riv. pel d. e per la proc. civ. N. S.* VII p. 84 sg., Sintenis III § 202.

(5) L. 12 D. *h. t.*: « *Ei, qui se non miscuit hereditati paternae, sive maior sit sive minor, non esse necesse praetorem adire, sed sufficit se non miscuisse hereditati* ». L. 1 C. *si minor ab her.* 2. 39. Come il diritto di astensione non ha bisogno di essere acquistato mediante una determinata attività, così il suo esercizio non è vincolato ad alcun termine legale. Cfr. in genere Strippelmann, *Decisioni, ecc.* V. p. 352 sg. Seuff., *Arch.* III. 77, XIII. 268 Nr. 2. Il diritto di astensione pone quindi materialmente il *necessarius heres* nella posizione d'un *voluntarius heres*, l. 89 D. *de leg.* Iº. 30, e così anche egli, come questi, può essere costretto dal giudice a dichiararsi entro un certo termine sulla accettazione o sulla rinuncia, l. 7 pr. l. 8 D. *de iure del.* 28. 8, l. 19 C. *eod.* 6. 30.

diventato erede[6], così a suo vantaggio[7] come a suo danno[8]. Anche la sorte ulteriore della eredità si determina in egual maniera, come se egli non fosse diventato erede[9]; soltanto il diritto d'accrescimento subisce questa modificazione, che il coerede, se non vuol prendere la quota ereditaria che s'accresce, può ancora posteriormente rinunziare anche alla sua[10]. Anche per altri riguardi si appalesa praticamente,

---

(6) Egli ha soltanto ancora « *nudum nomen heredis* », l. 2 § 8 D. *ad SC. Tert.* 38. 17, cfr. l. 6 § 2 D. *de bon. lib.* 38. 2. L. 20 § 4 D. *h. t.*: — « *cum se filius abstinet, idem debebit consequi iure praetorio, quod emancipatus consequitur, qui hereditatem repudiavit...* ». L. 12 pr. D. *de inter.* 11. 1: — « *hunc qui abstinuit praetor non habet heredis loco* ». L. 89 D. *de leg.* I° 30.

(7) Quindi segnatamente i creditori dell'eredità non hanno alcuna ragione contro di lui, e la tutela contro costoro in caso d'eredità oberata è il pensiero che ha dato l'impulso all'intiero istituto. V. § 2 I. *h. t.* (nota 4) e l. 57 pr. D. *h. t.*: — « *ut quamvis creditoribus hereditariis iure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem* ». L. 42 pr. L. 89 *eod.*, l. 1 C. *de rep. vel abst. her.* 6. 31. Del pari vien meno la ragione dei legatari, l. 12 D. *de vulg.* 28. 6, l. 1 § 4 D. *ut in poss. leg.* 36. 4. Liberazione dall'obbligo di collazione: l. 8. 9 D. *de dot. coll.* 37. 7. Ripristinamento di diritti, che andarono perduti pel fatto dell'essere divenuto erede: l. 87 § 1 D. *h. t.*

(8) Come le ragioni ereditarie non competono contro di lui, così non competono a lui. L. 99 D. *h. t.* Similmente sono ripristinati i diritti, dai quali egli è stato liberato col suo diventar erede, pel che casualmente non si trova alcun testo probante. Ciò che egli non ha come erede, lo conserva, l. 6 pr. D. *de rel.* 11. 7, l. 9 pr. D. *de iure patron.* 37. 14, l. 17 § 22 D. *de iniur.* 47. 10. V. pure l. 87-89 D. *de leg.* I° 30.

(9) L'eredità si devolve: *a*) al sostituito, l. 44 D. *de re iud.* 42. 1; *b*) all'erede *ab intestato* o rispettivamente al successivo erede *ab intestato*, l. 1 § 7 D. *si quis omissa causa test.* 29. 4, l. 6 C. *de leg. her.* 6. 58, l. 6 § 2 D. *de bon. lib.* 38. 2, l. 2 § 8. 10. D. *ad SC. Tert.* 38. 17. Di div. op. relativamente al successivo erede *ab intestato* (in luogo di lui subentrerebbe il fisco) molti a causa della l. 2 D. *de succ. ed.* 38. 9, segnatamente Witte p. 867 sg.; v. in contrario Mühlenbruch p. 369 sg., Köppen op. cit. p. 200 nota 2. — In quest'ordine d'idee entra anche la l. 17 D. *de iniusto* 28. 3. « *Filio praeterito qui fuit in patris potestate neque libertates competunt neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit. Quodsi bonis se patris abstinuit, licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur* ».

(10) L. 55. 56 D. *h. t.* Cfr. pure l. 81 [79] D. *ad SC. Treb.* 36. 1. Ma questo diritto vien meno, se il coerede aveva adito, dopo che egli conosceva o doveva conoscere la astensione, l. 38 D. *h. t.* Sulle parole finali della l. 55 citata cfr. Mühlenbruch p. 366 nota 84, Schmidt p. 79 sg., Vangerow II § 494 osserv. Nr. 7*a*.

che l'erede il quale si astiene, è più d'un semplice non erede[11]. Così in ispecie si tengono salde[12] le disposizioni, che egli ha prese in buona fede rispetto alla eredità; del pari resta ferma la sostituzione pupillare, anche se egli sia l'unico erede istituito[13].

Il diritto di astensione trapassa agli eredi dell'erede che ha diritto di astenersi[14]. Esso si perde per la amozione di cose ereditarie fatta a cagion di lucro[15]; inoltre per ogni espressa o tacita dichiarazione, di voler avere l'eredità[16].

---

(11) Cfr. l. 30 § 10 D. *de fideic. lib.* 40. 5: — « *non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se* ».

(12) L. 44 D. *h. t.*, l. 6 § 1 D. *de reb. auct. iud.* 42. 5; l. 90 D. *de solut.* 46. 3; l. 44 D. *de re iud.* 42. 1. Sulle l. 6 § 2 D. *de reb. auct. iud.* 42. 5 e l. 24 D. *quae in fr. cred.* 42. 8 v. § 463 nota 31.

(13) L. 2 § 1 l. 12 D. *de vulg.* 28. 6, l. 41 l. 42 pr. D. *h. t.*, l. 28 D. *de reb. auct. iud.* 42. 5. Sulla contraddizione fra la l. 42 e la l. 28 cit. v. § 559 nota 25. — Del pari secondo il diritto romano si tenevano ferme le manomissioni. L. 32 D. *de manum test.* 40. 4, l. 22 § 2 l. 30 § 9. 10 D. *de fideic. lib.* 40. 5. Ma non anche i legati, cfr. § 641 nota 2. — V. pure l. 28 [27] § 3 D. *ad SC. Treb.* 36. 1.

(14) L. 7 § 1 D. *h. t.*. cfr. pure l. 19 *init.* C. *de iure del.* 6. 30. Nel menzionato passo delle pandette si parla del caso, in cui l'erede dell'erede, che si astiene, è a sua volta *suus heres*, e quindi affermano alcuni, che soltanto un tale erede abbia il diritto di astensione relativamente alla eredità devoluta all'autore. Così Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* II p. 85 sg., Witte p. 860, Huschke op. cit. p. 84 sg., Wieding, *La trasmissione giustinianea* p. 15 sg. 39 (il qual ultimo attribuisce al *suus heres* del *suus* un diritto di astensione che ha radice nella PROPRIA persona), in contrario Vangerow, *Arch. per la prat. civ.* XXIV p. 158 sg., Mühlenbruch XLII p. 350 sg., Sintenis III § 202 not. 15, Köppen op. cit. p. 201 nota 3. Nel menzionato passo delle pandette si ritiene inoltre, che l'erede che ha diritto di astenersi sia morto, senza aver avuto notizia della devoluzione dell'eredità: non sarà almeno con ciò indicata una limitazione del trapasso del diritto d'astensione? In contrario stanno le parole finali: « *quia et patri eius idem tribueretur* ». Esse accennano, che la concatenazione delle idee nel passo è questa: se il padre avesse conosciuta la devoluzione dell'eredità, egli stesso avrebbe fatto valere il diritto d'astensione a lui spettante, il diritto a lui spettante deve essere concesso anche al suo erede. Cfr. Mühlenbruch op. cit. p. 345 sg., Sintenis loc. cit.

(15) L. 71 § 3-9 D. *h. t.*

(16) Come per l'erede volontario si parla di *pro herede gerere*, così qui di *se immiscere hereditati;* il concetto è lo stesso. § 5 I. *h. t.*, l. 87 pr. l. 20 § 4 D. *h. t.*, cfr. pure l. 91 D. *h. t.* Agli impuberi non nuoce l'immistione, l. 11. 57 pr. D. *h. t.*, i minorenni abbisognano della restituzione, § 5 I. *h. t.*, l. 7 § 5 D. *de min.* 4. 4, l. 57 § 1 D. *h. t.* — La prova della immistione deve essere for-

D'altra parte la dichiarazione di astensione può anche revocarsi, non però, se l'eredità è già stata venduta dai creditori, e soltanto entro tre anni[17].

II. Acquisto mediante dichiarazione di volontà*.

A. *Suoi requisiti.*

1. Applicazione di principii generali.

§ 596.

La dichiarazione del chiamato, di voler avere l'eredità, non abbisogna per la sua sussistenza giuridica d'alcuna accettazione; essa è una dichiarazione di volontà unilaterale[1]. La sua usuale designazione è: adizione (*Antritt*) dell'eredità[1a]. I requisiti della sua validità si determinano anzitutto secondo i principî vigenti per le dichiarazioni di volontà in genere, sulla cui applicazione qui è da osservare quanto segue.

1. L'adizione dell'eredità per parte dei non maggiorenni, senza il concorso o rispettivamente il consenso del loro tutore o curatore, è nulla non soltanto se essi sono impuberi[2], ma anche se sono semplicemente minorenni[3]. I minorenni non

---

nita da chi la afferma. Non si può allegare, che l'avversario però in sè e per sè è erede, poichè il diritto d'astensione non è vincolato ad alcuna forma nè termine (nota 5). Cfr. Mühlenbruch p. 392 sg., Strippelmann, *Decisioni, ecc.* V. p. 383 sg., Köppen op. cit. p. 198 nota 5. Seuff., *Arch.* III 78, VI. 230, XV. 36.

(17) L. 12 pr. D. *de interrog.* 11. 1, l. 8 D. *de iure del.* 28. 8, l. 6 C. *de repud. vel abstin. her.* 6. 31. Pei minorenni i tre anni decorrono soltanto dallo spirare del termine di restituzione, l. 6 C. cit.

(*) Mühlenbruch XLII p. 396 sg., Arndts, *Diz. G.* IV p. 8-17. Köppen, *Ann. per la dogm.* V p. 125 sg. *Sistema* p. 331 sg. *Trattato* p. 94 sg. Mayer § 116-120. Vering p. 483 sg. Köppen tratta dell'acquisto e della ricusa dell'eredità sotto il punto di vista dello « esercizio del diritto d'erede » (*Ausübung des Erbrechts* — nel Trattato: *der Erbberechtigung.*) (cfr. § 536 nota 3).

(1) Seuff., *Arch.* III. 75. § 596.

(1a) Questa espressione (*Antritt der Erbschaft*) è una diretta riproduzione della espressione delle fonti: *aditio hereditatis.*

(2) L. 8 pr. l. 9 D. *h. t.*, l. 9 § 3 D. *de auct.* 26. 8, l. 17 § 1 D. *de appell.* 49. 1, l. 5 C. *h. t.*, (6. 30); l. 7 § 1 D. *de B. P.* 37. 1, l. 7 C. *qui admitti* 6. 9. L. 9 § 3 D. cit. « *Hereditatem adire pupillus sine tutoris auctoritate non potest, quamvis lucrosa sit nec ullum habeat damnum* ». Quindi: ciò che importa non è se nel caso concreto l'eredità arrechi danno; ma è decisivo che lo possa arrecare.

(3) L. 26 C. *de adm. tut.* 5. 37. Contro questo passo non può prevalere la

decadono in questo caso dalla ragione alla restituzione in intiero, per ciò che abbiano avuto la cooperazione del tutore o curatore, come non ne decadono negli altri casi. I prodighi non abbisognano del consenso del loro curatore[4]. — Che il chiamato sia sottoposto a patria potestà, non è, secondo il diritto ultimo, per lui più un ostacolo all'acquisto indipendente dell'eredità[5]. Se il sottoposto a patria potestà è ancora minorenne, la mancanza del consenso paterno non è causa di nullità, ma soltanto d'impugnazione[5a].

2. L'adizione dell'eredità non abbisogna di alcuna forma[6].

---

l. 12 C. *h. t.*, che segue un punto di vista affatto diverso. Qui si ha pertanto una eccezione alla regola, cfr. I § 71 nota 8 in f. Mühlenbruch p. 439 sg., Köppen *Sist.* p. 409. *Trattato* p. 125. Di div. op. Marezoll, *Riv. pel d. e per la proc. civ.* II p. 420 sg. Rudorff, *Diritto di tutela* II p. 286; segue una via di mezzo Arndts p. 12. Cfr. pure Huschke, *Riv. per la st. del d.* XIII p. 346.

(4) L. 5 § 1 D. *h. t.* « *Eum, cui lege bonis interdicitur, institutum posse adire hereditatem constat* ». Il motivo per cui i prodighi vengono interdetti, presenta appunto minor pericolo riguardo alla decisione sullo adire o no una eredità. Di div. op. con altri più antichi Mühlenbruch p. 432, il quale crede, che il passo menzionato voglia soltanto accentuare il contrapposto del prodigo col demente; inoltre Arndts p. 12, Köppen *Sist.* p. 410, *Trattato* p. 126, Leist, *Cont. del Glück* serie dei libri 37. 38 III p. 68. Come qui, Sintenis § 183 not. 11 in f. — Che i dementi e gli infanti nella loro completa incapacità sono incapaci alla adizione dell'eredità, è intuitivo. L. 9. 63 D. *h. t.*

(5) Così già secondo il diritto più antico relativamente alla *castrensis hereditas*, l. 5 D. *de castr. pec.* 49. 17. Relativamente ad ogni altra eredità si dovrebbe secondo il diritto anteriore riunire la volontà del figlio di famiglia con quella dell'avente potestà. Gai. II. 87, l. 6 pr. § 1-3 D. *h. t.*, l. 4 C. *h. t.* Cfr. Mandry, *Il diritto patrimoniale comune della famiglia* I. p. 104 sg. Giustiniano però nella l. 8 pr. § 3 C. *de bon. quae lib.* 6. 61, dispose che nè il rifiuto dell'avente potestà abbia a rendere impossibile l'adizione dell'eredità al figlio di famiglia, nè viceversa il rifiuto del figlio di famiglia all'avente potestà. Cfr. Arndts p. 12 sg., Köppen, *Sist.* p. 392 sg., *Trattato* p. 124. — Quanto ai monaci cfr. Hellmann, *Il diritto ereditario comune dei religiosi* (Monaco 1874) p. 86-112.

(5a) L. 8 § 1 i. f. C. *de bon. quae lib.* 6. 61. Koeppen, *Trattato* p. 122.

(6) — « *extraneus heres... potest... nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri* », § 7 I. *h. t.* L. 6 C. *h. t.* (6. 30): — « *sola animi destinatione* ». Cfr. l. 95 D. *h. t.* — Altrimenti nel diritto anteriore quanto alla istituzione *cum cretione*. Gai. II. 164-166, Ulp. XXII. 24. 27. 28. Ma questo diritto già prima di Giustiniano era andato in disuso, l. 17 C. *h. t.* [6. 39] (tratta dalla l. 8 C. Th. *de mat. bon.* 8. 18).

Perciò neppure occorre che la dichiarazione della volontà di accettare avvenga espressamente; l'eredità è debitamente adita, quando sussiste un contegno del chiamato, dal quale possa con sicurezza argomentarsi la volontà d'accettare[7]. Quanto il diritto romano contiene di speciale sulla forma dell'acquisto dell'eredità pretoria, ha cessato di aver vigore se non già nel diritto giustinianeo[8], però certo nell'attuale[9].

3.[10] L'eredità può anche essere adita per mezzo di man-

---

(7) *Pro herede gestio*, una specie particolare della *hereditatis aditio*. Però anche la *pro herede gestio* viene contrapposta alla *hereditatis aditio* come alla espressa adizione d'eredità, § 7 I *h. t.*, l. 25 § 7, l. 69 D *h. t.*, l. 19 l. 22 § 14 C. *h. t.* [6. 30]. Secondo una ancora diversa terminologia *pro herede gestio* indica il contrapposto alla *cretio*, la formale dichiarazione d'adizione del diritto anteriore, per modo che sotto la *pro herede gestio*, oltre alla tacita, cade anche la espressa adizione d'eredità senza formalità. Cfr. p. es. Gai. II. 177, Ulp. XXII. 25, § 7 I. *h. t.* (*vv. pro herede autem gerere quis videtur* CETT.), l. 7 C. *h. t.* anche l. 12 C. *h. t.* Mayer § 118 nota 19, Arndts p. 9 nota 59, Leist, *La « bonorum possessio »* II. 2 p. 76 sg. Sulla sostanza v. § 7 I. *h. t.*, l. 20 l. 21 pr. § 1 l. 24 l. 86 § 2 l. 87 pr. D. *h. t.*, l. 62 D. *h. t.*, l. 13 D. *de cond. inst.* 28. 7, l. 1 § 1 D. *de cond. c. d. c. n. s.* 12. 4; l. 4 pr. l. 14 § 8 D. *de rel.* 11. 7. Cfr. Strippelmann, *Decisioni, ecc.* V. p. 359 sg. Seuff., *Arch.* III. 76, XVII. 69, XXXIV. 225, IX. 312, XI. 161, XIII. 268, XX. 74, XXVI. 142. XXXVIII. 322, XLII. 43. *Sent. del Trib. dell'Imp.* VI. p. 143. [Seuff. LIII. 163.]

(8) In luogo dell'antica *petitio bonorum possessionis* davanti il magistrato competente, Costanzio nell'anno 339 ha posto una dichiarazione innanzi ad una autorità giudiziaria qualsiasi, l. 9 C. *qui admitti* 6. 9. cfr. l. 7 § 3 C. *de cur. fur.* 5. 70, § ult. I. *de B. P.* 3. 9. Che anche il requisito della giudizialità della dichiarazione posteriormente sia venuto meno, cerca di dimostrarlo Leist, *La « bonorum possessio »* II. 2 p. 126 sg. 257 sg. e *Continuazione del Glück* serie dei libri 37. 38. II. p. 314 sg.; in contrario Schirmer § 7 note 48. 50.

(9) Così specialmente Leist, *Bonorum possessio* II. 2 p. 349 sg., particolarmente p. 413 sg., al quale tengon dietro: Schirmer p. 103 sg., Köppen, *Sist.* p. 282 sg. 334 nota 9, Sintenis III. § 193 not. 1, Arndts § 508 not. 1. Vedi attualmente anche Leist, *Continuazione del Glück* II. p. 344 sg. Altrimenti invero anche Seuff., *Arch.* IX. 313.

(10) Cfr. su quanto segue: Mühlenbruch p. 400 sg., Arndts p. 16. 17, Leist, *La « bonorum possessio »* II. 2 p. 309 sg. e *Continuazione del Glück* II p. 163 sg., III p. 1 sg., Köppen, *Sist.* p. 385 sg., *Trattato* p. 116 sg. In ogni caso anche Northoff, *Arch. per la G. P. prat.* N. S. II p. 1 sg., Bernhöft, *Riv. per la gp. comp.* III p. 443 sg.

datario[11]; però si richiede un mandato speciale[12]. Quanto alla rappresentanza delle persone incapaci, il diritto romano ha riconosciuto, che possono acquistare l'eredità per

(11) Già il diritto romano ha riconosciuto, che il chiamato può essere rappresentato da mandatario non solo nella dichiarazione (l. 67 [65] § 3 D. *ad SC. Treb.* 36. 1: « *absentes per nuntium* »), ma, ad ogni modo quanto alla *bonorum possessio*, anche nella volontà. L. 48 D. *h. t.* « *Si quis alicui mandaverit, ut,* SI AESTIMAVERIT, *peteret sibi bonorum possessionem et... ille petit... acquisita est ei bonorum possessio* ». L. 3 § 7 D. *de B. P.* 37. 1. « *Adquirere quis bonorum possessionem potest vel per semet ipsum vel per alium. Quodsi me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet* CUM RATUM HABUERO *id quod actum est* » L. 15. 16 *eod.* Se lo stesso valesse anche per la *hereditatis aditio*, è controverso: in contrario Mühlenbruch loc. cit., Zimmermann, *Neg. gestio con rappresentanza* p. 119 sg.; in favore Leist, *Bonorum possessio* II. 2 p. 325 sg., Köppen, *Sist.* p. 386 nota 8. *Trattato* p. 118 nota 5, Sintenis § 183 not. 28, Hellmann, *Rappresentanza* p. 105 sg., Bernhöft l. c. Non sta in contrario la l. 90 pr. D. *h. t.*, nella quale non esiste alcuna ragione per abbandonare la lezione della Florentina « *per curatorem* », od intendere la parola *curator* altrimenti che nel suo senso ordinario; neppure, e questo non avrebbe mai dovuto disconoscersi, la l. 54 pr. D. *de A. R. D.* 41. 1. Invece risulta sicuramente dalla l. 67 [65] pr. D. *ad SC. Treb.* 36. 1, che la *hereditatis aditio* in nome d'un altro con successiva ratifica s'aveva per inammissibile. Dall'altra parte si riconosceva però altresì, che nell'implorare la *bonorum possessio* è insita anche una *pro herede gestio*, l. 12 C. *h. t.* (6. 30); e v. pure l. 4 C. *h. t.* In ogni caso di fronte al riconoscimento di massima, che il diritto odierno in opposizione al romano ha impartito alla rappresentanza nella volontà (I § 73), sarebbe assai ingiustificato, il non volere ammettere oggidì qualunque acquisto d'eredità per mezzo di mandatario. V. pure Arndts § 508 not. 2. Seuff., *Arch.* XI. 161, XV. 232, XXI. 243. — Non è esatto il dire, come fa Mühlenbruch p. 409, del pari Bernhöft op. cit. p. 462, che nello impartire il mandato si contenga una *pro herede gestio*. Leist, *Bonorum possessio* II 2 p. 326 sg., Arndts § 508 not. 2, Köppen, *Sist.* p. 388, *Trattato* p. 119.

(12) L. 25 § 5 D. *h. t.* « *Sed utrum generaliter*: QUAECUMQUE TIBI HEREDITAS FUERIT DELATA, *an specialiter? Et magis placet, ut G. Cassius scribit, specialiter debere mandare* ». Sicuramente in questo passo non è fatta parola del mandato d'adire l'eredità in nome altrui, ma del mandato, che un avente potestà conferisce a chi vi è sottoposto, di adire una eredità a costui devoluta. Ma anche questo mandato è però (secondo il diritto dell'epoca, nella quale il testo venne scritto) qualche cosa di più che un consenso ad un atto altrui, poichè l'esecuzione dello stesso rende l'avente potestà immediatamente erede. Gai. II. 87, l. 79 D. *h. t.*: v. pure l. 6 § 3 D. *h. t.*, l. 4 C. *h. t.*, l. 25 § 4 D. *h. t.* V. pure l. 1 § 2 D. *de off. proc. Caes.* 1. 19. (« *et hoc est* PRAECIPUUM *in procuratore Caesaris* »). Strippelmann, *Decisioni, ecc.* V p. 358, Köppen, *Sist.* p. 387, *Trattato* p. 118, Dernburg III § 161 nota 11. — Ma non occorre che il mandato speciale

la persona giuridica il suo rappresentante statutario[13], pel minore dei sette anni il suo ascendente paterno (senza riguardo a potestà)[14] ed il suo tutore[15], per il demente chi ha potestà sopra di lui[15a]; invece il diritto romano ha consentito al tutore d'un impubere, che ha varcata l'età infantile, soltanto l'acquisto dell'eredità pretoria, non della civile[16], al curatore d'un minorenne pubere neppure l'acquisto dell'eredità pretoria[17], al tutore d'un demente soltanto l'acquisto provvisorio dell'eredità fino alla guarigione del demente[18]. Pel diritto odierno la facoltà di rappresentanza che il diritto romano attribuisce al tutore d'un impubere relativamente all'eredità pretoria, può estendersi all'eredità in genere[18a]; del resto è grave[18b] lo andar oltre alle dispo-

---

contenga una decisione propria del chiamato, esso può rimettere al mandatario la decisione sulla adizione o non adizione. L. 48 D. *h. t.* (nota 11), l. 25 § 9. 10 D. *h. t.* Ancor più oltre va la sent. del Trib. Sup. di Berlino in Seuff., *Arch.* XXI. 243. [Seuff. XLIX. 28].

(13) L. 3 § 4 D. *de B. P.* 37. 1, l. 6 § 4 D. *ad SC. Treb.* 36. 1, l. 1 § 1 D. *de lib. univ.* 38. 3.

(14) L. 18 pr. § 3 C. *h. t.* [6. 30]. Cfr. § 601 nota 3. Diritto anteriore: l. 7 § 2 D. *de B. P.* 37. 1, l. 1 D. *de B. P. fur.* 37. 3, l. 3 C. *qui admitti* 6. 9.

(15) L. 18 § 2 C. *h. t.* [6. 30]. Diritto anteriore: l. 67 [65] § 3 i. f. D. *ad Sc. Treb.* 36. 1, l. 11 D. *de auct.* 26. 8, l. 7 § 2 l. 8 l. 11 D. *de B. P.* 37. 1, l. 2 § 13 D. *ad. SC. Tert.* 38. 17, l. 3 C. *qui admitti* 6. 9.

(15a) L. 7 pr. C. *de cur. fur.* 5. 70.

(16) Per il pupillo uscito dall'età infantile la l. 18 § 4 C. *h. t.* [6. 30] conferma il diritto anteriore, e v. da una parte l. 5 C. *h. t.* [6. 30] (« *Potuit pupillus pro herede tutore auctore gerendo consequi successionem, sed ipsius actus et voluntas fuit necessaria. Nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit acquirere* »), dall'altra parte l. 7 § 2 l. 8. 11 D. *de B. P.* 37. 1, l. 11 D. *de auct.* 26. 8 e l. 7 C. *qui admitti* 6. 9. Riferire questi ultimi passi soltanto ad un *pupillus infans*, o soltanto ad un acquisto provvisorio della *bonorum possessio* (cfr. Leist, *Bonorum possessio* II. 2 p. 313 sg., Köppen *Sist.* p. 406 sg.), io lo ritengo arbitrario. Così attualmente anche Leist, *Contin. del Glück* III p. 27.

(17) Il contrario afferma Leist, *Cont. del Glück* III p. 32, senza dimostrarlo. Relativamente alla eredità civile v. l. 90 pr. D. *h. t.*: — « *per curatorem hereditatem acquiri non posse* ».

(18) L. 7 § 3. 7. 8 C. *de cur. fur.* 5. 70. Del diritto anteriore: l. 48 § 1 D. *de leg.* II° 31, l. 2 § 11. 13 D. *ad SC. Tert.* 38. 17, l. 1 D. *de B. P. fur.* 37. 3; l. 11 D. *de auct.* 26. 8, l. 67 [65] § 3 i. f. D. *de ad SC. Treb.* 36. 1.

(18a) Poichè il diritto romano nello impetrare la *bonorum possessio* scorge

sizioni del diritto romano, poichè esse più che sopra una ripugnanza contro la rappresentanza in genere, la quale anzi qui in massima è riconosciuta come ammissibile, si fondano sopra una ripugnanza a riconoscere una adizione d'eredità senza propria determinazione di volontà del chiamato, quindi sopra una ragione, che è desunta per lo appunto dalla peculiare natura di questo particolare atto giuridico[19].

---

una *pro herede gestio* (l. 12 C. *h. t.* [6. 30]), esso ha riconosciuta la possibilità dell'acquisto della *hereditas* mediante il *tutor* almeno in massima. Cfr. nota 11.

(18*b*) Per quanto concerne la *lex lata*. Nel resto cfr. Leist, *Cont. del Glück* III p. 74 sg., Bruns nella *Encicl. di v. Holtzendorff* I § 2 seg. 3 p. 437-438 (3ª ediz. p. 464-466. 4ª ediz. p. 521).

(19) Cfr. § 597 nota 4. 5. 10 e relativo testo. — Sulle diverse opinioni rispetto a questo punto, si facciano le seguenti osservazioni: 1. Una opinione assai diffusa estende la facoltà di rappresentanza, che il diritto romano riconosce nel *tutor impuberis*, al tutore o curatore per causa d'età in genere. Cropp nelle *Dissertazioni giurid.* di Heise e Cropp II p. 167. 168, Kraut, *Tutela* II p. 215. Leist, *Bonorum possessio* II. 2 p. 315. 323, Köppen, *Sistema* p. 410. *Trattato* p. 125, Sintenis III § 183 not. 10 in f., Arndts § 508 not. 3, v. pure Mühlenbrüch p. 442. 443. Seuff., *Arch.* VII. 69, IX. 311, XIII. 100, XV. 233, XXIII. 42. Questa opinione vien fondata su ciò, che secondo il diritto odierno non sussiste più una differenza fra il *tutor impuberis* ed il *curator minoris*. Ma questo argomento non vale a giustificarla. Poichè qui la differenza fra *tutor* e *curator* non viene in genere in considerazione; ma il concetto romano è manifestamente questo, che una adizione d'eredità senza determinazione di volontà propria del chiamato deve ammettersi solamente quando una tale determinazione di volontà è impossibile, e se il diritto romano non ha incondizionatamente applicata questa limitazione, come mostra la possibilità dell'acquisto della *bonorum possessio* per parte del *tutor impuberis*, dall'altro lato l'esempio del pazzo prova, che tale concessione non è maggiormente giunta ad incondizionata applicazione. — 2. La stessa facoltà, che al curatore, vien anche attribuita al padre fino alla maggiore età del figlio. Köppen, *Sistema* p. 403. *Trattato* p. 122, Leist, *Cont. del Glück* III p. 17 sg., Seuff., *Arch.* VII. 197, XXXVII. 228. — 3. Alla disposizione del diritto romano, che il curatore d'un demente non possa definitivamente acquistare per esso l'eredità, s'attengono dottrina e pratica. Cropp op. cit. p. 173, Mühlenbruch p. 460, Leist, *Bonorum possessio* II. 2 p. 321, Köppen, *Sistema* p. 411 sg. *Trattato* p. 127 sg., Brinz 2ª ediz. III p. 189. Seuff., *Arch.* VI. 307, VII. 69, XV. 233, XXIX. 250, XXXVI. 204 (Trib. dell'Imp., *Sent.* III p. 196). Cfr. *Ib.* XVII. 62. 67. In contrario Westrum, *Mag. per il diritto attuale* VIII p. 225 sg. La divergente opinione di Vangerow, *Arch. per la prat. civ.* XXX p. 1 sg. si riferisce ad un punto più formale; Vangerow

4. La violenza, che costringe all'adizione dell'eredità, dà luogo, oltre che alla ragione di risarcimento contro l'autore della violenza, anche ad una ragione alla restituzione in intiero[20]; il dolo, semplicemente ad una ragione di risarcimento contro l'autore del dolo[21].

2. Norme particolari.

§ 597.

1. L'eredità non può adirsi in prevenzione, prima della chiamata (devoluzione)[1]. Ciò soffre eccezione solamente in quanto l'adizione d'eredità, fatta prima che venga a mancare un precedentemente chiamato, se poi col mancare di costui si verifica la chiamata a favore di chi ha adito, non ha uopo di venir ripetuta[2].

---

ritiene, cioè, che il curatore acquisti bensì definitivamente per il demente ma che questo acquisto si risolva, se il demente muoia prima della guarigione. In contrario Fritz, *Riv. pel dir. e per la proc. civ. N. S.* IV p. 157 sg., v. Löhr, *Ib.* IV p. 252 sg., Leist, *Bonorum possessio* II. 2 p. 320 sg. *Cont. del Glück* III p. 58, *Arch. per la GP. prat.* III p. 459 sg. — 4. Che l'eredità devoluta ad un assente possa essere acquistata dal suo curatore (il più prossimo erede), fu affermato per lo innanzi molte volte in Germania, sotto l'influenza dell'antico principio tedesco, secondo il quale l'eredità si acquistava senza alcuna adizione (Bruns, *Ann. del d. comm.* I p. 173), e da taluni è ancora attualmente affermato, specialmente in base alla massima della parificazione dei tutori, così da Kraut, *Tutela* II p. 262 sg., Bruns op. cit. p. 197. Seuff., *Arch.* III. 346. In contrario Cropp op. cit. p. 168 sg., Mühlenbruch p. 462 sg., Sintenis III p. 492, Northoff, *Arch. per la GP. prat. N. S.* II p. 1 sg. Del resto la questione presuppone la fondatezza della presunzione di vita (I § 53 nota 2). Köppen, *Sistema* p. 444 sg. *Trattato* p. 131 sg., Brinz 2ª ediz. III p. 190 sg. Cfr. pure Stobbe IV p. 541 sg. Seuff., *Arch.* III. 185, V. 31, IX. 49, XV. 200 in f., XXIII. 42, XXVII. 145. Cfr. pure Seuffert, *Pand.* III § 566 nota 4*c*. 4*d*.

(20) L. 21 § 5 D. *quod metus* c. 4. 2, l. 85 D. *h. t.* La l. 6 § 7 D. *h. t.* è da riferire ad una adizione d'eredità simulata. Cfr. I § 80 nota 2.

(21) L. 40 D. *de dolo* 4. 3. Cfr. I § 118 nota 6.

(1) L. 21 § 2 l. 27. D. *h. t.* l. 13 pr. D. *h. t.* l. 12 C. *h. t.* (6. 30). [Non è però § 597. esclusa l'adizione prima dell'apertura del testamento. Seuff., XLVIII. 269.]

(2) L. 9 C. *qui admitti* 6. 9. Poichè la ripetizione dell'adizione in sè e per sè non offre difficoltà di sorta, questa disposizione ha pratica importanza soltanto

2.[3] L'adizione d'eredità non è valida, se chi adisce crede, che essa sia inefficace[4]; ma anche già allorquando egli dubita della sua efficacia[5]. Fa eccezione soltanto il caso,

---

pei casi eccezionali, in cui per particolari ragioni una tale ripetizione è diventata impossibile, p. es. per decorrenza del termine fissato per l'adizione. Cfr. Köppen *Ann. per la dogm.* XI p. 431. Il passo citato parla in ispecie di quest'ultimo caso e conseguentemente soltanto dell'acquisto della *bonorum possessio;* tanto meno è giustificato il non volerne estendere la disposizione alla *hereditatis aditio* (Arndts § 507 not. 2, Dernburg III § 161[4]). È erroneo invece lo insegnare senz'altro, in base a questo passo, che la eredità possa acquistarsi innanzi che manchi il precedente chiamato; da ciò seguirebbe, che neppure nuocerebbe la morte del posteriore chiamato avvenuta anteriormente. Cfr. la redazione del passo nei *Bas.* XL. 1. 25. Köppen, *Trattato* p. 96 sg., Enneccerus, *Negozio giuridico, etc.* p. 270.

(3) Cfr. su questo e sul numero seguente: Mühlenbruch XLII p. 415 sg., Köppen, *Sist.* p. 353-384 ed *Ann. per la dogm.* V p. 141-170. VI p. 307-317. *Trattato* p. 106-116, Northoff, *Ib.* p. 190 sg. e *Riv. pel dir. e per la proc. civ. N. S.* XXI p. 85 sg.

(4) L. 32 pr. D. *h. t.* « *Heres institutus, si putet testatorem vivere, quamvis iam defunctus sit, adire hereditatem non potest* ». Cfr. l. 17 pr. D. *h. t.* L. 21 D. *de cond.* 35. 1: — « *condiciones... quamvis impletae essent, impedient heredem circa adeundam hereditatem, quamdiu ignoraret, eas impletas esse* ». L. 30 § 1-3. 5 D. *h. t.* L. 16 D. *h. t.*: « *qui se putat necessarium, voluntarius existere non potest* ». Cfr. l. 15 D. *h. t.* Per la adizione d'eredità vige quindi il principio: « *plus est in opinione quam in veritate* » (l. 15 cit.), mentre in altri casi si procede secondo il principio inverso. V. p. es. l. 4 D. *de manum. vind.* 40. 2 (manomissione d'uno schiavo, che il padrone manomettente ritiene schiavo altrui), § 11 I. *de leg.* 2. 20 (legato d'una cosa fatto nello stesso errore). Cfr. I § 172 nota 9. Lotmar, *Scritto pel giubileo del Planck* p. 59 sg.

(5) Egli dubita p. es. dell'avvenuta morte dell'ereditando, l. 19 (cfr. l. 13 § 1) D. *h. t.*, l. 4 C. *de post.* 8. 50 [51]; della validità del testamento, nel quale egli è istituito, l. 17 pr. l. 32 § 2. l. 34 pr. D. *h. t.*, l. 12 D. *de Carb. ed.* 37. 10, l. 2 § 3 D. *unde leg.* 38. 7, cfr. l. 46 D. *h. t.;* se egli sia o no istituito sotto condizione, se quella, sotto la quale è istituito, sia o no adempiuta, l. 32 § 1 D. *h. t.*, l. 21 D. *de cond.* 35. 1, cfr. l. 34 § 1 D. *h. t.* e sulla l. 21 § 3 D. *h. t.* nota 7 in f.; se sia o no incinta una donna, dalla quale ove nasca un figlio, questi lo escluderebbe, cfr. l. 30 § 1-3 D. *h. t.* Similmente deve considerarsi come invalida l'adizione, ove chi adisca dubita, se egli sia *voluntarius* o *necessarius heres* (cfr. nota 4). — Ma se il chiamato muore prima che cessi il suo dubbio, il diritto non è perciò perduto pei suoi eredi. V. § 600 nota 16. — Northoff l. cit. introduce nel concetto della « delazione » l'elemento della scienza della chiamata (e della causa della chiamata, v. il Num. seguente) nel chiamato; la « delazione » sarebbe la scienza nell'erede del suo diritto d'erede. Ciò non abbisogna di confutazione. V. pure Arndts § 507 not. 1. Però attualmente ciò è di nuovo

in cui chi adisce è in errore o in dubbio sulla sua capacità d'acquisto[6].

3. L'adizione dell'eredità non è valida se è erroneamente rivolta ad una chiamata diversa da quella, che effettivamente sussiste[7]. Anche quando colui che adisce dubita, se sussista questa o quella chiamata, l'adizione secondo lo stretto diritto non è valida[8], mentre secondo un più mite concetto introdotto dal diritto pretorio, questo dubbio non esclude la validità della adizione[9].

4. L'adizione dell'eredità non comporta l'aggiunta d'una condizione o d'un termine[10], nè l'apposizione d'una limitazione di quota[11]. Però soltanto l'aggiunta d'una condizione

---

sostenuto da Göring, *Ann. per la dogm.* XV p. 153 sg. (specialmente in base alla l. 84 D. *h. t.* « *quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas* »). Göring scorge la ragione del « *rumpi potest* » nella incertezza dell'erede istituito sulla gravidanza della vedova dell'ereditando, mentre il passo la fonda sulla gravidanza della donna; come incontrastabilmente risulta dal seguente contrapposto « *sed si vacuo ventre* CETT. ».

(6) L. 34 pr. l. 96 D. *h. t.*, l. 21 D. *de cond.* 35. 1.

(7) P. es. l'erede *ab intestato* istituito non si ritiene istituito, od il non istituito si ritiene istituito, l. 22 D. *h. t.* Cfr. l. 17 § 1 D. *h. t*, L'adizione dell'eredità è invalida anche quando è erroneamente rivolta ad una quota d'eredità, sulla quale non ha avuto luogo la chiamata, l. 75 D. *h. t.;* mentre invece non nuoce la incertezza sulla misura della quota d'eredità, alla quale chi adisce è chiamato, l. 5 § 1 D. *si pars her.* 5. 4, l. 21 § 3 D. *h. t.* Cfr. del resto anche l. 93 pr. D. *h. t.* e Köppen *Sist.* p. 373 sg. (*Ann. per la dogm.* V p. 153 sg.). Sulla l. 21 § 3 cit. v. pure Mühlenbruch p. 422 sg., Köppen p. 363 nota 27, Vangerow § 498 osserv. 1 in f.

(8) § 7 I. *h. t.* l. 51 pr. D. *h. t.*, l. 93 pr. D. *h. t.*

(9) L. 84 D. *h. t.* l. 4 § 3 l. 5 D. *de B. P. c. t.* 37. 4. Köppen *Sist.* p. 397 sg. (*Ann.* V. p. 161 sg.).

(10) V. nota 12.

(11) L. 1 D. *h. t.* « *Qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest* ». Cfr. l. 38 pr. D. *de leg.* I° 30. Ciò vale anche per il caso, in cui alcuno è istituito in più quote ereditarie. L. 80 pr. D. *h. t.* « *Si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem omittere non possum, nec interest, in quibusdam habeam substitutum nec ne* ». L. 2 l. 80 § 1 *eod.*, l. 20 C. *h. t.* (6. 30). Qui fa difficoltà la l. 76 § 1 D. *h. t.* La difficoltà svanisce, se alla fine del passo (« *in mea potestate sit, quam partem hereditatis aut amittere velim aut vindicare* »), invece d'*amittere* si legga *omittere*, e per *omittere* non s'intenda rinunciare, ma non adire. Allora il passo non dice altro se non che è

o di un termine rende invalida l'adizione dell'eredità[12], mentre quella di una limitazione di quota è priva di effetto[13].

B. *Termine della diehiarazione d'acquisto.*

§ 598.

Non esiste termine legale per l'adizione dell'eredità, per la cui decorrenza il chiamato decada dal diritto all'acquisto; ciò che il diritto romano a questo riguardo ha stabilito per l'acquisto dell'eredità pretoria[1], non è diventato parte costitutiva del diritto comune odierno, più di quanto lo sieno diventate le disposizioni sulla forma dell'acquisto dell'eredità pretoria[2].

---

indifferente, a qual parte dell'eredità l'adizione venga rivolta, che nell'adizione dell'una viene pure acquistata l'altra (nota 13). Cfr. sulle diverse opinioni relativamente a questo il passo il programma accademico di Leist, *Observationes ad fr.* 76 § 1 D. *de acquirenda vel omittenda hereditate* Ienae 1853; Vangerow, *Arch. per la prat. civ.* XXXVII p. 330 sg. e *Trattato* § 451 osserv. 3 Nr. 2, Schlayer, *Arch. per la prat. civ.* LIII p. 53 sg. (§ 602 nota 6 in f.), Arndts 7ª ediz. e sg. § 517 not. 5, Wendt, *Arch. per la prat. civile* LV p. 365 sg. Pietak, *Ib.* LIX p. 9 sg., Mommsen nella sua ediz. ad *h. t.*, Amann, *Il computo della Falcidia, ecc.* p. 317 sg., Brinz 2ª ediz. III § 388 nota 15, Köppen, *Trattato* p. 100, Dernburg III § 161[11]. Cfr. del resto anche § 602 nota 6, inoltre § 559 nota 24.

(12) L. 77 D. *de R. I.* 50. 17, l. 51 § 2 D. *h. t.* V. l § 95 nota 3, ed inoltre Mühlenbruch XLII p. 470 sg., Köppen, *Sist.* p. 345 sg., Enneccerus p. 54 sg. dello scritto menzionato al passo cit.

(13) V. § 602.

§ 598. (1) I discendenti e gli ascendenti devono acquistare la *bonorum possessio* entro un anno, gli altri eredi entro cento giorni, § 9 I. *de B. P.* 3. 9. Sulla eredità civile v. Gai. II. 167.

(2) V. i citati al § 596 nota 9, Arndts § 509 not. 1. — Sulla l. 19 e la l. 22 § 1 C. *h. t.* (6. 30) per lo innanzi si è spesso fondata l'opinione, che un termine legale (di 12 o rispettivamente 3 mesi) sia da Giustiniano stato introdotto *ex novo* per la dichiarazione del chiamato, il qual termine però non venne dichiarato assolutamente un termine d'adizione, ma in parte un termine di rinuncia, v. p. es. Thibaut, *Saggi* II Nr. 7, Marezoll, *Arch. per la prat. civ.* VIII p. 268 sg., v. Buchholtz, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* X p. 386 sg., Mühlenbruch, *Doctrina pandectarum ed.* 3 § 695 not. 10. 13 ed edizione tedesca § 695 nota 10.

1. Invece per disposizione del testatore può imporsi al chiamato un limite di tempo rispetto al diritto di acquistare l'eredità con ciò che il testatore, per il caso di non adizione entro un dato termine ritiri l'istituzione d'erede[3].

2. Anche il giudice[4] può assegnare al chiamato un termine di adizione, in quanto è autorizzato su richiesta dei creditori, dei legatari, come pure dei chiamati successivamente o contemporaneamente, a costringere il chiamato a dichiararsi sull'accettazione o sulla rinuncia, ma questi non è tenuto ad emettere subito la richiesta dichiarazione, bensì soltanto entro un congruo termine di deliberazione da prefiggere[5]. Giustiniano relativamente a questo termine di

---

Dopo le dimostrazioni di Vangerow, *Arch. per la prat. civ.* XXII p. 151 sg. (1839) questa opinione può considerarsi come posta da parte. Cfr. Mühlenbruch, XLI p. 295 sg. e gli altri citati in Vangerow, *Trattato* II § 499. (Nella l. 22 § cit. in ispecie è espresso soltanto il pensiero, che il chiamato non abbisogna d'alcun inventario se egli entro 3 mesi si decide sulla adizione o non adizione). Seuff., *Arch.* XXIII. 43.

(3) L. 72 D. *h. t.* La particolare elaborazione, che il diritto romano ha data ad una istituzione d'erede di tale fatta nell'istituto della *cretio*, non è trapassata nel diritto giustinianeo. V. le citazioni al § 596 nota 6. Nelle edizioni anteriori [fino alla 5ª], io ho con altri riferita la l. 72 cit. ad una istituzione sotto la condizione sospensiva della adizione entro un dato termine. In contrario con ragione Eisele, *Ann. per la dogm.* XXIII p. 134. (Il testo originariamente parlava della *cretio*, cfr. Ulp. XXII. 34.).

(4) Cfr. su quanto segue: Witte nel *Diz. G.* I p. 887 sg. Mühlenbruch XLI p. 281 sg. Leist, *La bonorum possessio* II. 1 p. 319 sg. Sintenis III § 184 not. 4. Dedekind, *Il diritto di deliberazione dell'erede e le interrogationes in iure faciendae*, Brunswick 1870. (In questo scritto il diritto relativo al termine di deliberazione vien esposto come una parte del diritto della *interrogatio in iure*. Cfr. sullo stesso Pfaff, *Riv. trim. crit.* XIII p. 446-453, contro lo stesso Zwilgmeyer, nel *Magazzino pel d. tedesco attuale di Bödiker* V p. 421 sg.). Ubbelohde, *Arch. per la prat. civ.* LXI p. 56 sg. Dernburg III § 164 [Beckmann, *Il diritto dei creditori ereditari alla dichiarazione per parte dell'erede* (das Recht der Nachlassglaöbiger auf Erbeserklärung), diss. inaug. di Gottinga 1894.]

(5) L. 9 *C. h. t.* — « *Rector igitur aditus provinciae... an heredes sint interrogare debebit ac, si tempus ad deliberandum petierint, moderatum statuet* ». L. 5 (cfr. l. 2. 3. 6 pr.) D. *de interrog.* 11. 1. « *Qui interrogatur, an heres... sit... ad deliberandum tempus impetrare debet* ». Cfr. l. 1 § 12 D. *de succ. ed.* 38. 9: — « *interrogandi sunt in iure* ». L. 1 § 1 D. *de iure del.* 28. 8. « *Ait praetor:*

deliberazione ha prescritto, che esso non possa estendersi dal giudice oltre nove mesi, dal sovrano oltre un anno[6], ma contemporaneamente egli ne ha completamente mutata la natura, convertendo il termine di adizione in un termine di rinuncia; se il chiamato durante il suo decorso resta inoperoso, egli non perde il diritto di acquistare l'eredità, ma quello di rinunciarvi[7].

Si tempus ad deliberandum petet, dabo » Gai. II. 167: — « *liberum est, quocumque tempore voluerit, adire hereditatem, sed solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velit adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere* ». Azione alla emissione d'una dichiarazione? Pel sì Köppen, *Trattato* p. 137 in alto, Seuff., *Arch.* XXXVI. 205: in contrario Zwilgmeyer loc. cit. — Che il giudice anche su richiesta dei legatari possa costringere l'erede alla dichiarazione non è riconosciuto espressamente nelle fonti, e così lo nega Brinz 1ª ediz. p. 814 sg. 2ª ediz. III § 387 nota 6, Ubbelohde p. 59, Dernburg III § 164[12]; ma v. in contrario Arndts § 509 not. 3, Dedekind p. 34 sg. Anche per i posteriori chiamati è contrastato da Brinz p. 815 (149), Bruns, *Ann. del dir. com.* I p. 120 sg., Dedekind p. 37 sg., Ubbelohde loc. cit., Dernburg III § 164[11]. Ma sebbene la l. 69 D. *h. t.* non possa essere riferita che ai creditori (cfr. l. 10 D. *de iure del.* 28. 8), resta però la l. 23 § 1 D. *de her. inst.* 28. 5 che parla in generale in un caso analogo, e lo spiegarla col § 2 *eod.* (« *postulantibus creditoribus* ») sembra arbitrario. Altri (così Puchta § 498. *c*) vogliono almeno escludere i posteriori chiamati diversi dai sostituiti (dei quali solamente parla la l. 69 cit.); in contrario Leist op. cit. II. 2 p. 461, Sintenis loc. cit. Per quanto concerne il chiamato congiuntamente cfr. Dedekind p. 41 sg., Ubbelohde loc. cit., Buchka e Budde, *Sent. del Trib. Sup. d'app. di Rostock* III p. 328 sg. Intieramente come qui Köppen, *Trattato* p. 138. [Solo i creditori ereditari: Seuff., *Arch.* LII, 87].

(6) Cfr. l. 9 C. *h. t.* (6. 30) (nota 5). — « *tempus... moderatum* ». L. 1 § 2 D. *de iure del.* 28. 8. « *Cum dicit* tempus, *nec adicit diem, sine dubio ostendit esse in ius dicentis potestate, quem diem praestituat* ». L. 2 *eod.* « *Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi* ». La disposizione giustinianea nella l. 22 § 13 C. *h. t.* (6. 30). Nella l. 22 cit. Giustiniano aperse all'erede una via, battendo la quale egli potesse esser sicuro di non dover pagare i debiti per un ammontare maggiore di quanto egli avesse trovato nella eredità, cioè la confezione d'un inventario del patrimonio; perciò, opina Giustiniano, non gli sarebbe a rigore più affatto necessario un termine per deliberare.

(7) L. 22 § 14 C. *h. t.* [6. 30]. Anche questa disposizione sta nell'ordine d'idee, che il chiamato, se non sia pazzo (Giustiniano si esprime con energia), non abbisogni punto d'un termine per deliberare. Diritto anteriore; Gai. II. 167, l. 69 D. *de A. v. O. H.* 29. 2. — Del resto da molti si ritiene che questa dispo-

3. Di natura tutt'affatto speciale è la disposizione[8], che l'erede istituito, al quale sta di fronte un erede necessario, che vuol impugnare il testamento, si deve dichiarare entro un termine[9] di sei mesi o rispettivamente di un anno sulla accettazione o rinuncia, e dopo la decorrenza di questo termine può dal giudice venir costretto alla dichiarazione. In questo caso il pregiudizio deve farsi consistere in ciò, che il chiamato in caso di non dichiarazione verrà riguardato come rinunciante[10].

C. *Rinuncia all'eredità.*

§ 599.

La rinuncia all'eredità[1] è una dichiarazione unilaterale di volontà, come l'adizione. Se il chiamato non vuol diventare erede, non gli è necessaria la rinuncia, fuori che nel

---

sizione non abbia luogo nel caso, in cui il termine sia stabilito su richiesta dei posteriori chiamati (v. le citazioni in Mühlenbruch p. 391 e Sintenis loc. cit.); in questo caso viceversa il chiamato, per la sua inerzia durante il termine, perderebbe, come nel diritto anteriore, la facoltà di acquistare. In contrario Mühlenbruch p. 391 sg. Effettivamente deve apparire arbitrario, lo intrudere nella legge una distinzione, che Giustiniano stesso non ha fatta. Giustiniano fonda la sua disposizione non sul motivo, che ha determinato il chiamato ad impetrare un termine a deliberare, ma sul fatto, che egli lo ha impetrato, invece di decidersi subito, come avrebbe potuto. Certo per il concetto di Giustiniano sta in prima linea il caso, in cui i creditori incalzano, ma che egli abbia però pensato anche al caso dei posteriori chiamati, lo mostra il § 14 i. f. (« *vel his qui ad hereditatem vocantur* »). V. pure Unger § 36 not. 14.

(8) L. 36 § 2 C. *de inoff.* 3. 28.

(9) A seconda che egli e l'erede necessario abitano o no nella stessa provincia (nel medesimo distretto di tribunale superiore).

(10) Giustiniano non si pronuncia in proposito. Ma la l. 36 § 2 cit. è anteriore alla l. 22 C. *h. t.* [6. 30], sebbene soltanto di poche settimane, e quindi è ancora sotto il dominio del diritto anteriore. Però le opinioni su questo punto sono assai divise; v. le citazioni al § 584 nota 12.

(1) *Hereditatem repudiare, recusare, praetermittere, omittere.* Nella più esatta terminologia le due ultime espressioni indicano, non tanto il rifiuto, quanto il non acquisto dell'eredità, v. p. es. l. 24 § 2 D. *de min.* 4. 4, l. 1 § 4 D. *ut in poss. leg.* 36. 4.

§ 599.

caso, in cui egli si sia fatto dare un termine di deliberazione[2]. Astraendo da questo caso, il valore giuridico di essa è piuttosto che per tal modo si perde il diritto all'acquisto dell'eredità[3]. Per i requisiti della sua validità vigono in generale gli stessi principî, come per l'adizione dell'eredità[3a]. In ispecie neppur essa abbisogna d'alcuna forma[4].

La rinuncia dei minori è nulla senza la cooperazione o rispettivamente senza il consenso dei loro tutori o curatori[5], e lo stesso vale qui anche per prodighi[6]. Non è necessario il consenso di chi ha la patria potestà[7]. La rappresentanza è ammissibile in base a procura speciale[8], similmente per le persone giuridiche[9], ma non per quelle soggette a tutela[10].

---

(2) V. § 598 nota 7.

(3) L. 4 C. *de rep. vel abst. her.* 6. 31. « *Sicut maior viginti quinque annis, antequam adeat, delatam repudians successionem, post quaerere non potest, ita quaesitam renuntiando nihil agit* ». § 7 I. *h. t.*, l. 1 § 6. 7 D. *de succ. ed.* 38. 9.

(3 *a*) Cfr. l. 18 D. *h. t.* « *Is potest repudiare, qui et acquirere potest* ». L. 4 *eod.* « *Nolle adire hereditatem non videtur, qui non potest adire* ».

(4) L. 95 D. *h. t.* « *Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis* ». § 7 I. *h. t.*: — « *nuda voluntate... contraria destinatione* ». L. 6 pr. *ad S. C. Treb.* 36. 1: — « *per epistolam* ». Ricusa tacita: l. 17 § 1 l. 60 l. 77 D. *h. t.*

(5) L. 5 C. *de rep. vel abst. her.* 6. 31.

(6) Relativamente all'adizione doveva affermarsi il contrario in base alla l. 5 § 1 D. *h. t.*, v. § 596 nota 4. Trasferire la disposizione di questo passo alla rinuncia è cosa grave, ad onta del principio generale contenuto nella l. 18. D. *h. t.* (nota 3*a*). — Le persone soggette a tutela hanno d'uopo del consenso del magistrato che esercita la tutela superiore? In contrario l'opinione dominante, perchè nella rinuncia alla eredità non è insita una alienazione, cfr. Glück XXXIII p. 9, Rudorff, *Tutela* II p. 401. 410, Seuff., *Arch.* XIII. 100 e superiormente II § 441 nota 6; in favore Köppen, *Sist.* p. 260. 410 in base alla l. 5 § 8 D. *de reb. eor.* 21. 9. Seuff., *Arch.* XVIII. 148.

(7) Il padre può però acquistare per sè l'eredità rinunciata dal figlio di famiglia, l. 8 pr. § 1. 2 C. *de bon. quae lib.* 6. 61. Diritto anteriore: l. 13 § 3 D. *h. t.*, l. 11 C. *h. t.* [6. 30], e v. § 596 nota 5. Se il sottoposto a patria potestà è ancora minorenne, anche qui la mancanza del consenso paterno non è causa di nullità, ma soltanto d'impugnazione. L. 8 § 1 i. f. cit.

(8) L. 1 § 2 D. *de success. ed.* 38. 9 e v. § 596 nota 11. 12.

(9) L. 6 § 4 D. *ad S. C. Treb.* 36. 1, cfr. § 596 nota 13.

(10) Qui è decisiva la l. 8 § 6 C. *de bon. quae lib.* 6. 61. Secondo questo passo l'*infans* può considerare semplicemente come non avvenuta la rinuncia all'ere-

È nulla la rinuncia prima della devoluzione[11]; nulla è inoltre la rinuncia, se il rinunciante non crede alla sua efficacia[12], o ne dubita[13]; così pure se essa è rivolta ad una chiamata diversa da quella che effettivamente sussiste[14]. Finalmente

---

dità per parte del padre. « *Licentiam damus ei, vel, si sui iuris efficiatur, tutoribus eis vel curatoribus, hereditatem adire, nullo praeiudicio ex recusatione paterna ei generando* ». Sarebbe arbitrario il voler dare a queste parole il senso, che l'*infans* debba cominciare ad impetrare la *in integrum restitutio*. L'estensione di questa disposizione al *tutor infantis* è senza difficoltà a stregua della l. 18 pr. § 2 C. *h. t.* [6. 30]. Ma tanto meno il diritto di rinuncia può darsi al *tutor impuberis*, il quale può anzi far agire il pupillo stesso. Il curatore del minorenne pubere non ha neppure il diritto d'acquisto (§ 596 nota 17). Lo stesso vale pel curatore del demente, e v. l. 7 C. *de cur. fur.* 5. 7. Il diritto anteriore offre qui disposizioni contraddicenti. V. l. 11 D. *de auct.* 26. 8. l. 7 § 2 D. *de B. P.* 37. 1; l. 8 *eod.*, l. 1 D. *de B. P. fur.* 37. 3, l. 1 § 4. 5 D. *de succ. ed.* 38. 9.

(11) L. 13 pr. § 2 D. *h. t.*, l. 17 § 1 *eod.*, l. 94 *eod.*

(12) L. 15 D. *h. t.* « *Is qui putat se necessarium, cum sit voluntarius, non poterit repudiare* ».

(13) L. 23 D. *h. t.* « *In repudianda hereditate... certus esse debet de suo iure is qui repudiat* ». L. 13 § 1 *eod.*

(14) L. 17 § 1 D. *h. t.*: un erede intestato, che ad un tempo è istituito, rinuncia come erede intestato, non sapendo che egli è istituito, — « *ad neutrum ei repudiatio nocebit neque ad testamentariam* (*sc. hereditatem*), *quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerat delata* ». — Ma nella rinuncia ad una chiamata può contenersi ad un tempo una rinuncia all'altra, così se un erede istituito, conoscendo l'istituzione, rinuncia come erede intestato, l. 17 § 1 cit. (diversamente se egli rinuncia come istituito, l. 17 § 1 cit. *init.*). Similmente nell'acquisto in base ad una chiamata può contenersi una rinuncia all'altra, l. 77 D. *h. t.*, l. 19 *de inoff.* 5. 2. Qui fa difficoltà la l. 97 D. *h. t.* (*Paulus l. III Decretorum*) « *Clodius Clodianus facto prius testamento postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat: scriptus heres cum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire. Dicebam, non repudiare eum, qui putaret posterius valere. Pronuntiavit, Clodianum intestatum decessisse* ». Di solito si ritiene che per ragioni intrinseche sia da attenersi all'opinione di Paolo ad onta della qui ricordata decisione imperiale in contrario, cfr. Mühlenbruch XXVIII p. 166 sg. XLIII p. 109 sg., Puchta, *Lez.* sul § 499. Bähr, *Riconoscimento* § 51 (dopo 6) p. 197 (215), Dedekind, *Il riconoscimento di disposizioni d'ultima volontà non valide* p. 25 sg. Tentativi di conciliazione: — 1) Papiniano avrebbe concepito il caso in questo modo: l'istituito conosceva la non validità del secondo testamento, Francke, *Arch. per la prat. civ.* XIV p. 202 sg., — 2) il secondo testamento sarebbe stato originariamente valido, Köppen, *Sistema*, p. 355. *Ann. per la*

la rinuncia, come l'adizione, non comporta l'aggiunta di condizione o di termine[15].

III. Acquisto per parte d'una persona diversa dal chiamato*.

A. *Per parte dell'erede del chiamato.*

§ 600.

Il diritto nascente dalla chiamata è un diritto sommamente personale, che non trapassa negli eredi[1]; ma vi sono eccezioni[2].

---

dogm. V p. 142; in contrario Arndts § 510 not. 2. L'opinione di Papiniano è posta a base della decisione del Trib. Sup. d'app. d'Iena in Seuff., *Arch.* V. 302, adducendo che a carico del rinunciante stia un errore di diritto: per l'opinione di Paolo, *Ib.* XXVII. 147.

(15) Köppen, *Sistema* p. 345 sg.

(*) Thibaut, *Saggi,* II Nr. 7 (1801). Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* II p. 54 sg. (1829). Steppes, *La trasmissione dell'eredità secondo il diritto romano* (1831). V. Buchholtz, *Dissertazioni giuridiche* Nr. 2 (1833). Mühlenbruch, *Cont. del Glück* XLIII p. 143-243 (1833). Heimbach, nel *Diz. G.* XI p. 511-535 (1857). Göring, *Ann. per la dogm.* XV p. 137-205 (1876) — un articolo ben fatto, ma con opinioni in parte assai singolari, come specialmente quella, che in fondo nei casi di trasmissione romana sia base l'idea dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità. *Riv. di Grünhut* XIII p. 427 sg. (autore anonimo). Köppen, *Trattato* p. 160-177. Mayer § 113-115. Vering p. 502-511. Sintenis III § 204.

§ 600. (1) L. 7 C. *h. t.* (6. 30), l. un. § 5 C. *de cad. toll.* 6. 51, l. 3 § 7 D. *de B. P.* 37. 1, l. 4 C. *qui admitti* 6. 9. l. un. § 5 cit. « *Hereditatem... nisi fuerit adita transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur* ».

(2) Si parla in questi casi di trasmissione dell'eredità; però questa espressione vien ben anche estesa al caso, in cui il diritto d'acquistare invece del chiamato, trapassa ad una persona diversa dal suo erede. Cfr. Mühlenbruch p. 227 sg. Köppen, *Sistema* p. 402 not. 31, Arndts § 512 not. 4. — L'espressione *transmissio hereditatis* è consona alle fonti, cfr. p. es. l. un. § 5 C. *de cad. toll.* 6. 51 (nota 1), l. 7 C. *h. t.* (6. 30): — « *manifestum... est, antequam pro herede gereret vel bonorum possessionem admiserit* [*admitteret*], *defunctam successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere* ». Invero questa espressione non ha relazione necessaria col caso presente, e non è in genere espressione tecnica. Ciò mostrano già i passi addotti, nei quali l'espressione è riferita in egual modo anche all'eredità acquisita. V. inoltre Ulp. XXVI. 5: — « *ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quoniam in legi-*

1. L'eccezione più estesa è stata introdotta da Giustiniano[3]. Questa eccezione va tanto oltre, da contenere in fondo un' abrogazione della regola indicata, colla sola aggiunta d'una limitazione di tempo. Secondo questa eccezione, cioè, gli eredi del chiamato possono in vece sua acquistare l'eredità in tutti i casi, nei quali non è trascorso ancora un anno, dacchè il chiamato aveva ricevuta notizia della vocazione[4]. Se il chiamato non avea ancora nel

---

timis hereditatibus successio non est »: l. 8 § 9 D. *de inoff.* 5. 2: — « *heres institutus... omittit hereditatem... ad substitutum transmittens* », l. 1 § 4 D. *de requir.* 48. 17: — « *non esse locum mandatis, ut bona fisco vindicentur... et bona eius ad successores transmittuntur* », del pari l. 29 C. *de test.* 6, 23; *transmittere actionem ad heredes*, v. p. es. l. 36 § 1 D. *ad leg. Aq.* 9. 2, l. 6 C. *de I. D.* 5. 12. — Per lo innanzi si soleva comprendere in questa trattazione, oltre alle menzionate in seguito, anche la massima, che l'eredità devoluta ad un *suus* trapassa ai suoi eredi (c. d. *transmissio ex capite suitatis*). Non occorre osservare, che in questo caso non si tratta d'eredità non acquisita. V. però anche Brinz, 1ª ediz. p. 821. 2ª ediz. III p. 160. — L'anonimo in Grünhut (nota *) combatte a favore dell'opinione, che nella trasmissione non si contenga il trasferimento d'un diritto acquisito da colui cui è fatta la delazione (caratteristico specialmente p. 449 in basso). Io non so se questa pugna fosse necessaria.

(3) Nella l. 19 C. *h. t.* [6. 30]. C. d. *transmissio Iustinianea*. Cfr. sulla stessa, oltre ai menzionati allo *, ancora: Vangerow, *Arch. per la prat. civ.* XXIV p. 153-195 (1841). Wieding, *La trasmissione di Giustiniano* (1859). V. pure Mühlenbruch, *Cont. del Glück* XLI p. 314 sg.

(4) « *Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato vel ex testamento vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renuntiandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur* ». Wieding p. 56. 74 sg. vuole che si computi il termine d'un anno non *a die scientiae*, ma dal tempo della chiamata. Egli qui, come in tutto il suo scritto, è sotto l'impressione del concetto, che per la trasmissione introdotta da Giustiniano debba in tutte le parti aver vigore lo stesso diritto, come per la trasmissione del *beneficium abstinendi* del *suus*, poichè Giustiniano stesso dice, che egli vuol trasferire ciò che vige per l'erede del *suus* agli eredi d'altre persone. Ma anche astraendo da ciò, che da questa dichiarazione di Giustiniano non segue affatto necessariamente, che egli abbia voluto semplicemente copiare il diritto del *suus*, astraendo inoltre da ciò, che all'erede del *suus* non era posto un termine, per modo da rendere impossibile proprio per la questione presente la illazione da quel rapporto (l'opinione di Wieding a questo riguardo v. p. 66); Wieding non è riuscito ad eliminare il peso al tutto decisivo, che le parole sopra trascritte gettano nella bilancia contro la sua opinione. A favore di Wieding però Brinz 2ª ediz. III p. 162.

tempo di sua vita ricevuta notizia della chiamata, l'anno decorre dalla sua morte[5]. Se al chiamato era fissato un

(5) Da un punto anteriore esso non può decorrere, giusta quanto s'è detto nella nota precedente; ma a cominciare dall'istante della sua morte esso deve decorrere secondo la disposizione generale, colla quale Giustiniano introduce da principio il benefizio giuridico accordatogli nella sua statuizione: « *praedictum beneficium in suam successionem transmittat, ita tamen ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa* ». Cfr. Vangerow p. 190. 191. [Trib. dell'Impero, *Sent.* XLI p. 181 sg.] — Per vero l'opinione dominante è nel senso, che la statuizione di Giustiniano non vige affatto per il caso, in cui il chiamato sia morto senza conoscere la vocazione; ma al riguardo le opinioni divergono nei particolari in sensi affatto opposti, in quanto cioè gli uni opinano, che nell'indicato caso non si soccorra affatto agli eredi del chiamato. gli altri che, in conformità al diritto da Giustiniano escogitato, essi vengano soccorsi incondizionatamente. Ma quest'ultima opinione è insostenibile, v. Vangerow p. 180 sg. ed in seguito nota 20; ai sostenitori della prima opinione è da opporre: qual cosa al mondo potrebbe aver spinto Giustiniano a porre gli eredi del chiamato in una condizione deteriore pel caso della sua non scienza, che in quello della sua scienza, mentre pure sarebbe da aspettarsi proprio il contrario? Ora per verità gli avversari accampano che Giustiniano parla d'un chiamato, il quale sebbene non « *deliberationem meruerit* », però « *deliberare videatur* », il che non può dirsi d'uno insciente; inoltre, che Giustiniano espressamente menziona il caso della scienza della chiamata. Ma quanto al primo argomento, non è in ogni caso impossibile interpretare le parole di Giustiniano in maniera, che con esse non si indichi null'altro che il contrapposto col caso, in cui il chiamato ha emessa una dichiarazione sull'acquisto o la rinunzia dell'eredità: e se Giustiniano espressamente rileva il caso della scienza della chiamata, egli tuttavia fa ciò soltanto, dopo che ha ordinata la trasmissione senza alcuna distinzione, solamente previa aggiunta del limite d'un anno. In qual senso ora egli, dopo questa prescrizione generale, colla quale aveva pienamente espresso ciò che voleva, e colla quale avrebbe potuto acconciamente chiudere, entri ancora a parlare particolarmente del caso di scienza della chiamata, senza menzionare il caso di inscienza, sicuramente non è facile a dire; cfr. Vangerow p. 189 sg., Wieding p. 71 sg. Io per parte mia trovo minor difficoltà nell'ipotesi, che Giustiniano non abbia punto pensato al caso (ad ogni modo non usuale) della inscienza, che nell'ipotesi, che egli abbia voluto sottrarre agli eredi del chiamato il benefizio giuridico ad essi accordato proprio per il caso, in cui esso ha il maggior fondamento. Così poi anche la Nov. 158 fa luogo alla trasmissione giustinianea in un caso, in cui il chiamato era morto *infans*. Sicuramente d'altra parte questa Novella computa il termine di trasmissione dall'epoca della chiamata, non dall'epoca della morte del chiamato. Poichè essa non è glossata, quest'ultima circostanza non può generare una contraddizione contro l'indubitato precetto della l. 19 C. *h. t.* [6. 30], mentre la prima apparisce pur sempre appropriata allo scopo di accer-

termine per l'adizione, questo sottentra all'anno, se è più breve, non se è più lungo[6].

2. Una seconda eccezione[7] ha presupposizioni assai strettamente limitate. Essa si riferisce al caso, in cui sono istituiti discendenti, e sono morti prima dell'apertura del testamento[8]; in questo caso l'eredità da essi non acquistata

---

tare l'intenzione dubbiosa di Giustiniano. — Contro l'opinione dominante si sono dichiarati Vangerow p. 178 sg. e specialmente Wieding (il quale, però, diverge da Vangerow, in quanto egli vuole computare il termine anche qui dall'epoca della chiamata), ultimamente anche Brinz 2ª ediz. III p. 161 (contrariamente alla 1ª ediz. p. 822 sg.); per l'opinione dominante da ultimo Mühlenbruch loc. cit., Sintenis § 204 not. 3, E. A. Seuffert nel *Trattato* di suo padre § 574 nota 8, Köppen, *Trattato* p. 171. Anche le sentenze in Seuff., *Arch.* XIII 46, XIV. 242, XVI. 125, XIX. 245, XXVII 147 s'attengono all'opinione comune, o stanno almeno sullo stesso terreno. Dernburg III § 166. 3: il termine annuale corre per l'erede dal tempo in cui ha avuto notizia della vocazione.

(6) Quest'ultimo punto è controverso; ma la disposizione di Giustiniano: « *ita tamen ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa* » si riferisce a tutti i casi menzionati in precedenza, quindi anche al caso « *si deliberationem meruerit* ». Cfr. Mühlenbruch XLI p. 322 sg.; Vangerow p. 170, Wieding p. 63 sg. — Sopra e contro l'opinione, che nel caso d'un termine d'adizione posto dal testatore la trasmissione venga meno, v. Vangerow p. 194 sg., Mühlenbruch XLI p. 326. XLIII p. 224. Naturalmente la cosa è diversa, se l'istituito è stato diseredato pel caso di inosservanza del termine (l. 72 D. *h. t.*). Vangerow p. 195, Wieding p. 63, e cfr. addietro § 598 nota 3.

(7) C. d. *transmissio Theodosiana*, fondata sopra una legge di Teodosio II (e Valentiniano III), che sta nel Codice giustinianeo come l. un. C. *de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt* 6. 52. V. pure l. un. § 5 C. *de cad. toll.* 6. 51. Di questo caso di trasmissione trattano, oltre ai menzionati allo *: F. A. Niemeyer, *de transmissione Theodosiana* (1812). V. Löhr, *Arch. per la prat. civ.* II p. 192 sg. (1819). Löbenstern, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* IX p. 198 sg. (1836). Vangerow, *Arch. per la prat. civ.* XXV p. 439-492 (1842). V. Löhr, *Riv. pel dir. e per la proc. civ. N. S.* VII p. 105 sg. (1850). Huschke, *Ibid.*, *N. S.* IX p. 53 sg. (1851). [Webler, *Sulla teoria della c. d. transmissio Theodosiana* (zur Lehre von der s. g. t. T.) dissertazione di Erlangen 1891].

(8) — « *et ante apertas tabulas defuncti* ». V. pure la rubrica del titolo (nota 7). Questo requisito sorprende, ma si spiega in base al nesso storico della legge. Invero secondo il diritto della *lex Iulia* e *Papia Poppaea*, la porzione ereditaria d'un erede parziario istituito ed i legati, se l'onorato moriva prima dell'apertura del testamento, ricadevano al fisco (Ulp. XVII. 1. 2, cfr. l. 1 § 4 D. *de I. et F. I.* 22. 6, l. 21 i. f. D. *de cond.* 35. 1, l. 3 C. *h. t.* [6. 30]); ciò volle Teodosio II abolire a favore dei discendenti (nella legge si parla espressamente

può acquistarsi dai loro discendenti[9]; ma non da altri loro eredi[10].

---

anche dei legati). Nel diritto giustinianeo l'indicata massima invero non vige più, e così Giustiniano, se pur voleva accogliere la legge Teodosiana, avrebbe dovuto lasciar cadere questo requisito; ma egli appunto non lo ha fatto, anzi nella stessa legge, nella quale ha abolita quella massima (l. un. C. *de cad. toll.* 6. 51), egli ha espressamente confermato il requisito della morte prima dell'apertura del testamento (§ 5 leg. cit.). Cfr. del resto anche Köppen, *Tratt.* p. 165. — Però questo nesso storico, e con ciò anche il vigore dell'indicato requisito, non è incontroverso. Di divergente opinione sono in ispecie v. Löhr, al quale tengono dietro Marezoll p. 61. 63 e Sintenis § 204 not. 9, e Huschke. Secondo v. Löhr la legge ha voluto prescrivere una tacita sostituzione del discendente ulteriore; secondo Huschke l'idea fondamentale della legge è la finzione, che il discendente istituito abbia acquistato subito dopo la morte del testatore. Senza impugnare l'indicato nesso storico, nega il requisito Puchta § 503, Dernburg III § 166[10]. V. Löhr trae dalla sua idea anche la conseguenza, che la legge abbia luogo pur quando l'istituito sia morto PRIMA DEL TESTATORE. Per l'opinione qui sostenuta v. in ispecie Vangerow p. 443-470, inoltre Steppes p. 42-44, Löbenstern loc. cit., Mühlenbruch p. 211 sg., Mayer § 114 note 2. 5, Köppen, *Trattato* p. 166. Seuff., *Arch.* II, 311, V. 33, VI. 233, VII. 70, XV. 273.

(9) È controverso anche se la trasmissione si verifichi solamente quando i discendenti dell'istituito sono diventati suoi eredi: in contrario, in conseguenza al suo concetto fondamentale, v. Löhr con Sintenis, inoltre Vangerow p. 472 sg., Puchta § 503. Io ritengo la cosa non indubitata; però stanno per l'opinione qui sostenuta: *a*) le parole della legge: « *si tamen hereditatem non recusant* », riferire le quali all'eredità trasmessa, che vien subito prima indicata come « *hereditaria portio* » è linguisticamente forzato; inoltre qual senso ha, nel disporre una trasmissione, lo aggiungere, che l'eredità trasmessa possa anche essere ricusata? — *b*) Se Giustiniano nella l. un. § 5 C. *de cad. toll.* 6. 51 dice: « *hereditatem enim nisi fuerit adita transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur* », e poi indica come eccezione la legge Teodosiana, è quasi impossibile, completare altrimenti, che « *transmitti ad heredes* », e così si dice anche nel § 13 *eod.* espressamente: « *cum autem in superiore parte legis non aditam hereditatem minime nisi quibusdam personis ad* heredes *transmitti disposuimus...* ».

(10) Non è anche una presupposizione della *transmissio Theodosiana*, che l'istituito sia istituito soltanto in una parte? Secondo il senso originario della legge Teodosiana questa questione è indubbiamente da risolvere in senso affermativo. Ma la lettera di esso, come si trova nella compilazione giustinianea, sebbene la legge parli d'una pluralità d'eredi istituiti e d'una « *hereditaria portio* » trasmessa, non rende necessaria l'affermativa. V. in ispecie Vangerow p. 481. — Sopra altre controversie agitatesi in questa teoria v. Vangerow p. 470 sg. 485 sg., Köppen, *Trattato* p. 166-168. — Sulle

3. La terza eccezione si riferisce al caso, in cui la ragione per la quale il chiamato non ha acquistata l'eredità, è una causa di restituzione in integro; in questo caso i suoi eredi possono pervenire per la via della restituzione in intero all'acquisto dell'eredità da lui non acquistata[11]. Ciò vale non solamente per il caso, in cui il chiamato era stato escluso dall'acquisto dell'eredità per la sua trascuranza[12], ma anche per il caso, in cui egli è morto, senza aver perduto questo diritto[13]. Invero quest'ultima cosa nelle fonti non è riconosciuta con siffatta generalità, ma, astraendo da un caso oggidì non più pratico[14], soltanto per i casi, in cui l'eredità non è stata acquistata a cagione di assenza per affari di stato[15] o a cagione d'incertezza sulla chiamata[16]: ma queste decisioni sono l'espressione

---

parole « *licet non sint invicem instituti* » cfr. Huschke p. 64, sulle parole: « *nulla huiusmodi praescriptione obstante* » LO ST. p. 55 sg.

(11) C. *d. transmissio ex capite in integrum restitutionis.*

(12) Nel qual caso gli eredi fanno valere la in *integrum restitutio* acquisita al chiamato, secondo la regola della trasmissibilità di questo rimedio giuridico. L. 1 C. *de rest. mil.* 2. 50 [51]. « *Si Valerianus... ante vita decessit, quam* [*bonorum*] *possessionem acciperet, heres eius ex persona defuncti restitutionis auxilium intra annum utilem ita recte implorabit, si Valerianus post exactos dies quibus bonorum possessio defertur, in militia defunctus est* ». V. pure l. 24 § 2 D. *de min.* 4. 4.

(13) In questo caso egli non ha sofferto alcun pregiudizio; ma nella persona dei suoi eredi, colpiti dal pregiudizio, non vi è alcuna ragione di restituzione. L'irrazionalità d'una tale restituzione è poi anche espressamente riconosciuta nella l. 86 pr. D. *h. t.*, ma vi si passa sopra richiamandosi ad un rescritto d'Antonino Pio (cfr. l. 30. pr. D. *h. t.*).

(14) Il *SC. Silanianum* (10 d. Cr.) vietava l'apertura del testamento e l'adizione dell'eredità d'una persona violentemente uccisa, prima che gli schiavi che si trovavano con lui sotto lo stesso tetto, fossero stati sottoposti all'inquisizione (con applicazione della tortura) ed alla punizione, sotto comminatoria della perdita dell'eredità a favore del fisco (l. 3 § 18. 29, l. 5 § 2 D. *SC. Sil.* 29. 5). Ma se il chiamato muore prima, « *ad heredem suum utiles actiones transmitt(i)t* » (l. 3 § 30 *eod.*).

(15) L. 86 pr. D. *h. t.* È un vero ardimento il negare, come fa Göring op. cit. p. 144 sg., che questo testo accordi una in *integrum restitutio* (« *restitutionem in integrum implorabant, quae stricto iure non competit, — divum tamen Pium contra constituisse — restitutionem locum habere* »).

(16) Le fonti qui non dànno un risultato intieramente limpido. *a*) L. 12 D.

d'un principio[17]. Quindi la regola è più precisamente da porre così: che gli eredi del chiamato possono in via di restituzione in intiero[18] conseguire il diritto all'acquisto

---

de Carb. ed. 37. 10. « *Scriptus heres, contra quem filius impubes, qui subiectus dicitur, ex edicto primo bonorum possessionem petit, exemplo legitimi secundum tabulas interim accipere non potest. Quod si medio tempore scriptus vel ille, qui intestati bonorum possessionem habere potuerit, moriantur, heredibus eorum succurrendum erit, quid enim, si non potuerunt adire hereditatem iure cessante vel ob litem in dubio constituti?* ». Il passo è di Papiniano. — *b*) Secondo la l. 1 § 1 D. *ad SC. Tert.* 38. 17 (Ulpiano) deve soccorrersi l'erede del chiamato (cfr. Köppen, *Ann. per la dogm.* V. p. 166), ove il chiamato sia morto dubitando se al defunto si poteva succedere. — *c*) Altri passi invece, che accordano soccorso agli eredi, presuppongono il caso che il chiamato dubitasse se egli fosse chiamato per questa o per quella causa, e limitano in parte il soccorso alla quota, nella quale entrambe le cause di chiamata coincidono. Così la l. 4 § 3 l. 5 D. *de B. P. c. t.* 37. 4 (Giuliano e Paolo), cfr. l. 84 D. *h. t.;* inoltre l. 6 § 1 l. 42 § 3 D. *de bon. lib.* 38. 2 (Ulpiano e Papiniano, con richiamo d'un rescritto dell'imperatore Marco). — *d*) Nella l. 3 § 30. 32 D. *de SC. Silan.* 29. 5 (Scevola, Ulpiano) pel caso di semplice dubbio sulla chiamata si nega addirittura il rimedio agli eredi del chiamato (vv. *veluti si praegnas uxor occisi fuit* VEL ETIAM PUTABATUR). Una evoluzione storica non si dà a riconoscere in queste decisioni; ma si potrà dire che la corrente del diritto romano prevalesse nel senso di soccorrere all'erede in caso di incertezza sulla chiamata. Ciò che io riterrei il meno ammissibile sarebbe il rinunziare affatto alla deduzione d'un risultato finale, arrestandosi casuisticamente alle decisioni dei singoli passi. Cfr. pure Köppen, *Sistema* p. 366 sg.

(17) Ciò è assai controverso, ed invero abbastanza dubbio. Cfr. sulle diverse opinioni Marezoll p. 62 sg., Steppes p. 59 sg., Brinz 1ª ediz. p. 824. 2ª ediz. III p. 163, Köppen, *Trattato* p. 162, Mayer, *Diritto ereditario* I p. 389 sg., Dernburg III § 166. 1, Mühlenbruch XLIII p. 157 sg., Vangerow, *Arch. per la prat. civ.* XXIV p. 180 sg., Sintenis p. 655 sg., Leist, *Cont. del Glück* serie dei libri 37 e 38 II p. 182 sg., Göring op. cit. p. 144 sg., Schröder, *Ann. per la dogm.* XV p. 409 sg. Che nelle decisioni delle fonti possa rinvenirsi l'espressione d'un principio, lo contrasta anche la Dissertaz. Inaug. (di Gottinga) di A. Krause, *La transmissio ex capite in integrum restitutionis* (1882). V sulla stessa *Riv. crit. trim.* XXVII p. 597 sg. Seuff., *Arch.* I. 267, XI. 162, XIV. 243, XXVI. 143, XXVII. 147.

(18) È controverso anche, se effettivamente sia necessario per gli eredi del chiamato il conseguire la restituzione in tutti i casi riferibili a questo punto, se il diritto all'acquisto dell'eredità secondo le circostanze non trapassi senz'altro ad essi. Cfr. Mühlenbruch p. 179 sg., Leist op. cit. p. 193 sg., Schröder op. cit. p. 435 sg. Sicuramente i passi menzionati nella nota 16 non parlano di *in integrum restitutio;* ma essi designano però chiaramente abbastanza il soc-

d'una eredità a lui devoluta, in tutti i casi, nei quali al chiamato è stato impedito l'acquisto per una ragione, che, secondo l'apprezzamento del giudice, fa apparir equo il soccorso[19]; ad eccezione del caso dell'errore[20].

4. Infine appartiene in certa maniera a questo punto anche la massima, che il diritto d'impugnare un testamento per violazione della legittima trapassa dal discendente leso ai discendenti di lui[21].

B. *Per parte d'altre persone.*

§ 601.

1. L'eredità devoluta ad un figlio in potestà, ove questi vi rinunci, può acquistarsi in vece sua dall'avente potestà[1].

2. L'eredità devoluta ad un minore dei sette anni, ove questi muoia senza che il suo ascendente paterno abbia per esso acquistata l'eredità[2], si devolve a costui senza riguardo alla potestà[3].

---

corso da concedersi come un soccorso straordinario, di preferenza come un soccorso da richiedersi al pretore.

(19) V. I § 119.

(20) V. I § 119 nota 16 e cfr. l. 7 C. *h. t.* (6. 30). Seuff., *Arch.* XXVII. 147.

(21) L. 34 C. *de inoff.* 3. 28, v. § 585 nota 9. — In certa maniera il discendente non fa valere il fatto che il suo ascendente sia stato chiamato, ma il fatto che lo sarebbe stato se non vi fosse stato un testamento. Cfr. pure Göring op. cit. p. 184 sg. — Che il discendente debba essere divenuto erede dell'ascendente, la legge non lo dice invero espressamente, ma lo accenna però « *nec enim pater nepoti aliquod ius, cum decesserit, contra patris sui testamentum dereliquit* ». V. pure l. 36 § 2 C. *de inoff.* 3. 28, in cui si contrappongono « *posteritas* » ed « *extranei heredes* ».

(1) C. d. *transmissio ex iure patrio,* la qual espressione però si usa anche per il caso posto sotto il Num. 2. Questa trasmissione è una applicazione del principio generale che l'avente potestà può fare per sè qualunque acquisto ricusato dal figlio in potestà. L. 8 pr. § 1. 2 C. *de bon. quae lib.* 6. 61. Cfr. II. § 516 nota 18, del resto anche Brinz 2ª ediz. III § 389 nota 9. § 601.

(2) V. § 596 nota 14.

(3) C. d. *transmissio ex capite infantiae* (oppure *ex iure patrio,* v. nota 1). Essa si fonda sulla l. 18 § 1. 3 C. *h. t.* (6. 30). « *Sed si hoc parens neglexerit,*

3. Può il diritto d'acquistare un'eredità devoluta trasmettersi ad altri anche per negozio giuridico? Il diritto romano ha riconosciuto la trasmessibilità per l'eredità *ab intestato*, non per la testamentaria [4].

---

et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta iure patrio quasi iam infanti quaesita capere ». È ovvio il pensiero che questa disposizione abbia la sua base nel diritto allora ancora vigente (la legge è dell'anno 426 d. Cr.), secondo il quale l'acquisto (avventizio) del figlio in potestà colla morte di lui si devolveva al padre *iure peculii*, e che essa abbia perduto il suo vigore insieme a questo diritto. Così effettivamente Köppen, *Sistema* p. 401 (cfr. *Trattato* p. 175), v. pure Arndts § 513 not. 1. Ma in questa argomentazione si perde di vista che secondo il § 3 della citata legge il padre senza potestà deve avere lo stesso diritto del padre con potestà. « *Ea vero, quae de infante in potestate parentum constituto statuimus, locum habebunt et si quacunque causa sui iuris idem infans inveniatur* ». Cfr. Mühlenbruch XLIII p. 199 sg., Leist, *Cont. del Glück* serie dei libri 37 e 38 III p. 15. 16, Brinz 2ª ediz. III § 389 nota 12. — Göring op. cit. p. 169 sg. è d'opinione che nello spirito della legge anche la successione deferita al figlio emancipato si devolva al padre, non come padre, ma piuttosto come erede del figlio. Con ciò si perde di vista che la legge non parla solamente del padre, ma anche dell'avo, ecc., e v. l. 2 § 15 D. *ad SC. Tert.* 38. 17. — Non è giustificato lo equiparare al caso dell'infanzia del chiamato quello della sua assenza (Mühlenbruch p. 200, Arndts § 513 in f.). Si ricorre perciò alla l. 30 pr. D. *h. t.;* ma questo passo si fonda effettivamente del tutto sul diritto anteriore (sul diritto dell'acquisto dell'avente potestà per mezzo del figlio sottoposto alla potestà) ed ha insieme a questo perduta la sua applicabilità. V. pure Brinz 1ª ediz. p. 820.

(4) L. 4 § 28 D. *de exc. doli* 44. 4, Gai. II. 35-37. III. 85-87, Ulp. XIX. 13. 14. I passi di Gaio e d'Ulpiano parlano di *in iure cessio hereditatis;* nel passo delle pandette, in cui si fa parola semplicemente di *cessio*, i compilatori hanno senza dubbio cancellato lo « *in iure* ». Ad onta dell'accoglimento di questo passo nella compilazione (v. pure l. 6 D. *de R. I.* 50. 17) è contestato che l'alienazione della eredità non acquistata abbia ancora vigore nel diritto giustinianeo, v. nei particolari Mühlenbruch p. 144 nota 65, Scheurl, *Contrib.* I Nr. 2, Köppen, *Ann. per la dogm.* V p. 175 sg., *Sistema* p. 324 sg., *Tratt.* p. 143 sg., Arndts § 512 not. 1, Brinz 1ª ed p. 818 2ª ed. III p. 157, L. Avenarius, *La compra-vendita d'eredità nel dir. rom.* [der Erbschaftskauf im röm. Rechte] (Lipsia 1877) p. 16 sg. Io non posso ritenere calzanti gli argomenti a favore di questa opinione, i quali in parte sono già confutati da Köppen. Köppen stesso invoca la mancanza di formalità dell'atto di trasmissione dopo il venir meno della *in iure cessio*, questa mi pare però che sia soltanto una ragione *de lege ferenda*. Per l'opinione qui sostenuta Puchta § 503 e Rudorff, *Ib.* nota c* (prima anche Köppen, *Eredità* p. 94 sg.). Contro la stessa da ultimo Bruns, *Libro giuridico siro-*

IV. Oggetto dell'acquisto.

§ 602.

L'oggetto dell'acquisto è sempre l'eredità, anche se la volontà d'acquistare è rivolta solamente ad una frazione dell'eredità. Questa massima, in sè e per sè vera[1], è stata concepita dal diritto romano ed elaborata con particolare energia. Sono applicazioni di essa le massime seguenti.

1. La limitazione di quota aggiunta all'adizione d'eredità è inefficace; ad onta di questa limitazione, colui che adisce diventa erede per tutta l'estensione della sua chiamata[2].

2. Il chiamato da più disposizioni del testatore a diverse quote dell'eredità acquista coll'adizione in base ad una chiamata anche la quota d'eredità attribuitagli coll'altra[3]. Ciò

---

romano p. 245 sg. con richiamo a ciò, che il passo di Gaio III. 85-87 non è accolto nelle istituzioni giustinianee. Dernburg III § 167. — Sul fondamento della limitazione della trasmessibilità alla successione *ab intestato* cfr. Scheurl, *Contributi* I p. 96, Pernice, *Labeo* I p. 341, Kohler, *Arch. per la prat. civ.* LIX p. 104, Avenarius op. cit. p. 6 sg.

(1) La frazione non è qualche cosa di realmente esistente. In quanto si pensa la frazione d'un tutto, si pensa il tutto per una frazione. § 602.

(2) Questa massima non è una IMMEDIATA conseguenza del principio indicato; ma ne è una conseguenza soltanto col concorso della massima per sè stante, che l'eredità non può in parte accettarsi in parte rifiutarsi, § 597 nota 11. Muovendo da quest'ultima massima, il diritto romano poteva dichiarare l'adizione d'eredità cui sia apposta una limitazione di quota o invalida od illimitatamente efficace; esso ha scelto quest'ultimo partito, perchè in una tale adizione sta pur sempre la dichiarazione di voler avere la « eredità ». L. 10 D. *h. t.* « *Si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse* ». Diversamente avviene soltanto quando l'adizione d'eredità in conseguenza d'un errore sulla chiamata è rivolta ad una quota d'eredità diversa da quella per la quale la chiamata ha effettivamente avuto luogo, l. 75 D. *h. t.* (§ 597 nota 7).

(3) L. 80 pr. D. *h. t.* « *Si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem omittere non possum, nec interest, in quibusdam habeam substitutum nec ne. Idem puto etiam, si aliis mixtus heredibus ex pluribus partibus*

vale anche per il caso, in cui, essendo condizionale una delle disposizioni, si adisce in base a quella incondizionata, prima che sia adempiuta la condizione di quella condizionale[4]; soltanto l'adempimento deve aver luogo prima della morte di colui che ha adito, perchè altrimenti la chiamata in base alla disposizione condizionale a suo favore non diventa punto efficace[5]. Alla stessa maniera, colla rinuncia ad una delle disposizioni si rinuncia ad ogni altra quota dell'eredità[6].

---

heres institutus sim, quod et hic adeundo unam portionem omnes adquiro, si tamen delatae sint ». L. 76 § 1 D. *h. t.* (§ 597 nota 11). « *Semel adeundum* », l. 80 § 3 *eod.* In particolare tratta di questo caso Fuchs, *Arch. per la prat. civ.* XXXIX p. 233 sg. (1856).

(4) L. 60 [59] § 5 D. *de her. inst.* 28. 5, l. 76 pr. D. *h. t.* Un caso particolare, che appartiene a questo punto, è quello in cui l'istituito, che ad un tempo è sostituito ad un altro istituito, adisce prima che quest'ultimo sia mancato; nella porzione d'istituzione egli ha acquistata anche la porzione di sostituzione. L. 35 pr. l. 81 D. *h. t.*, l. 45 § 1 D. *de vulg.* 28, 6, l. 9 D. *de suis* 38. 16, l. 6 C. *de impuberum et aliis subst.* 6. 26. Anche il caso della sostituzione pupillare appartiene a questo punto, in quanto l'eredità del figlio viene concepita come parte dell'eredità paterna, v. § 559 nota 22.

(5) L. 60 [59] § 6 D. *de her. inst.* 28. 5, l. 45 § 1 D. *de vulg.* 28. 6, l. 9 D. *de suis* 38. 16. V. pure l. 80 § 1 i. f. D. *h. t.* (— « *si tamen delatae sint* »). Qui fa difficoltà la l. 53 pr. D. *h. t.* « *Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure ex alia sub condicione, et ex pura institutione adierit et decesserit, posteaque condicio exstiterit, ea quoque pars ad heredem eius pertinet* ». Sulle diverse opinioni (se sia da leggere « *posteaquam* »? se il passo debba riferirsi al caso da menzionarsi subito dopo? se debba riferirsi al caso in cui per l'ipotesi dell'inadempimento della condizione non è nominato alcun sostituto?), v. Mühlenbruch XLIII p. 150 sg., Arndts § 517 not. 3, Dernburg III § 162[4]. — La morte prima dell'avverarsi della condizione non nuoce, soltanto quando chi adisce conserva anche in caso di mancamento della condizione la quota ereditaria condizionatamente assegnatagli; piuttosto in questo caso coll'adizione in base alla istituzione incondizionata, egli diventa subito erede anche per la quota ereditaria condizionatamente conferita. L. 33 l. 60 [59] § 6 D. *de her. inst.* 28. 5, l. 52 § 1 D. *h. t.* — Cfr. pure l. 59 D. *h. t.* (vv. *quod sic recipiendum est* CETT.).

(6) Cfr. l. 10 § 3 D. *de vulg.* 28. 6, ed indietro § 559 nota 23. 24. La proposizione stabilita nel testo non è generalmente riconosciuta in misura così sconfinata. Per il caso in cui il contemporaneamente istituito e sostituito rinuncia in base alla istituzione prima dell'avveramento del caso di sostituzione, essa è contestata da Schlayer, *Arch. per la prat. civile* LIII p. 52 sg., al quale

3. Il chiamato con altri ad uno stesso tutto acquista coll'adizione anche quella quota che ricade a lui per il non acquisto da parte del chiamato congiuntamente. In questo caso si ha l'applicazione d'un rapporto che si indica tecnicamente come accrescimento, diritto d'accrescimento. Di ciò è da trattare più minutamente.

*Del diritto d'accrescimento in particolare**.

§ 603.

Il diritto d'accrescimento si fonda sul principio, che per la chiamata di più persone ad un medesimo tutto ciascuna è appunto chiamata per il tutto, che quindi la divisione fra

tien dietro Arndts § 517 nota 5 nella 7ª ediz., inoltre da Pietak, *Arch. per la prat. civile* LIX p. 1 sg., Dernburg III § 162[5], Ubbelohde, *Arch. per la prat. civ.* LXV p. 462 sg., Köppen, *Trattato* p. 100, mentre l'opinione dominante è difesa da Wendt, *Arch. per la prat. civile* LV p. 275 sg. Io credo che le argomentazioni di quest'ultimo siano calzanti nei punti essenziali. Schlayer invoca precipuamente la l. 1 § 5. 6 D. *si quis omissa causa* 29. 4. Ma in questo passo non si parla di sostituzione in luogo altrui, bensì di sostituzione in luogo proprio, quindi della disposizione: A sarà mio erede, se egli non diventasse mio erede, A sarà mio erede. D'una tale disposizione insegnavano i giuristi romani, che la sostituzione (la ripetizione dell'istituzione d'erede) ha valore giuridico (« *proficit* ») solamente quando per essa l'eredità è offerta all'istituito sotto modalità diverse da quelle della prima istituzione, per modo che sia da ritenere che il testatore gli abbia voluta lasciare la scelta (l. 10 § 7 l. 48 § 1 D. *de vulg.* 28. 6, l. 26 D. *si quis omissa causa* 29. 4). In un caso di quest'ultima specie quindi l'istituito può anche rifiutare l'eredità in base ad una delle istituzioni ed acquistarla in base all'altra, e d'un tal caso tratta la l. 1 § 5 cit. Altrimenti è invece nel caso, in cui l'istituito viene sostituito in luogo altrui. Per ammettere una concessione di scelta non vi è qui la minima ragione. Il testatore in questo caso offre l'eredità non sotto diverse modalità, ma in diverse parti. Le due disposizioni (l'istituzione e la sostituzione) non sono nella mente del testatore collegate da un « o », ma da un « e ». Sulla l. 76 § 1 *h. t.* v. § 597 nota 11. Schlayer trova in questo passo riconosciuto, che la quota ereditaria d'istituzione possa ancora rifiutarsi successivamente (dopo che essa sia stata acquistata insieme all'altra adizione in base alla sostituzione)!

(*) Baumeister, *Il diritto d'accrescimento fra coeredi secondo il diritto romano* [das Anwachsungsrecht unter Miterben nach römischen Rechte] (1829).

i chiamati congiuntamente sorge solamente dal fatto, che ognuno di loro pervenga all'acquisto, mentre esiste un solo tutto, e che perciò, tosto che uno di essi non pervenga all'acquisto, l'altro congiuntamente chiamato in forza della vocazione che lo concerne riceve tanto in più, quanto il mancante non acquista[1]. La espressione diritto d'accrescimento per questo rapporto è invero conforme alle fonti[2], ma è in tanto inesatta, in quanto si presta a destare l'idea che chi

---

Mayer, *Il diritto d'accrescimento nel diritto ereditario testamentario e legale e nei legati o fidecommessi* [das Recht der Anwachsung bei dem testamentarischen und gesetzlichen Erbrechte und bei Legaten oder Fideicommissen] (1835). Witte, *Diz. G.* I p. 270-313 (1839). Mühlenbruch, *Cont. del Glück* XLIII p. 243-367 (1837). Dworzak, *Contributi alla teoria dello ius accrescendi, in particolare nei legati* in *Riv. trim. austr.* di Haimerl VII p. 1-91 (1861). Baron, *Rapporti giuridici complessivi* p. 420-446 (1864). Mayer § 27-29. Vering p. 519 sg. Köppen, *Trattato* p. 177-194. Vangerow II § 493-496. Sintenis III § 203. Brinz 1ª ediz. p. 825-832. 2ª ediz. III p. 167-179. Unger § 38.

§ 603. (1) *Partes concursu fiunt.* L. 80 D. *de leg.* III° 32. « *Coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse partes autem concursu fieri* ». Cfr. l. 1 § 3 D. *de usufr. adcr.* 7. 2: — « *cum primum itaque non inveniet alter eum qui sibi concurrat, solus utetur in totum* ». Questo fondamento del diritto d'accrescere è riconosciuto con diverso svolgimento nei particolari, e specialmente col sussidio del concetto della personalità giuridico-patrimoniale [§ 528 in f.], da: Huschke, *Museo renano* VI p. 279 sg. 304, Witte p. 272, Mühlenbruch p. 251, Dworzak p. 3 sg., Sintenis § 203 in pr., Vangerow § 494 osserv. in pr., Baron p. 428 sg. Sopra divergenti opinioni v. Baumeister p. 104 sg. e le indicazioni in Mühlenbruch p. 250 sg., dei moderni Mommsen, *Illustrazioni* I p. 69 sg., Baron p. 438, Brinz 1ª ediz. p. 830 sg. 2ª ediz. III p. 170, Krieg (nota 2*a*), Merkel, *La teoria della successio graduum fra eredi ab intestato* (Tübingen 1876) p. 121 sg. (§ 604 nota 6), Fitting, *Arch. per la prat. civ.* LVII p. 149 sg. (§ 604 nota 6), Strohal (nota 2*ad*), Köppen, *Sistema* p. 178 (§ 604 nota 6).

(2) Le fonti del resto parlano d'un « accrescere » non solo nel caso in cui un erede riceve la quota ereditaria d'uno chiamato congiuntamente per essere egli chiamato con lui allo stesso tutto, ma anche nel caso in cui egli riceve la quota dell'altro chiamato per via di sostituzione, quindi in forza d'una particolare vocazione rivolta proprio a questa quota, v. p. es. l. 35 pr. D. *h. t.*, l. 6 C. *de impuberum et aliis subst.* 6. 26. Esse parlano inoltre d'*accrescere* anche nel caso in cui un erede istituito riceve una quota ereditaria non conferita affatto nel testamento, v. p. es. l. 13 § 3 D. *de her.* 28. 5.

perviene all'acquisto in mancanza del chiamato congiuntamente riceva qualche cosa, che non gli sia conferita fin da principio, mentre la portata della mancanza dell'altro chiamato è soltanto, che la chiamata per il tutto a favore dell'acquirente non è più impedita di esplicare la sua piena efficacia[2a]. È solo una diversa espressione di questa mas-

---

(2a) Spesso si è detto, che il diritto d'accrescimento non è tanto un diritto d'accrescimento, quanto un diritto di non decrescimento. Questa proposizione è essa esatta? — *a*) Essa non è esatta nel senso, che chi perviene all'acquisto in conseguenza del caso d'accrescimento che posteriormente si verifica non riceva affatto nulla, ma soltanto conservi ciò che egli ha già. Poichè se a più persone è conferito uno stesso TUTTO, è bensì vero che a ciascuno è conferito il TUTTO, ma è pur vero che il tutto è conferito a CIASCUNO, per modo che quindi secondo la volontà del concedente (della norma di diritto che concede) chi perviene all'acquisto non ha più della sua parte, prima che la chiamata rivolta agli altri si sia appalesata come priva d'effetto, e che, se essa si appalesa come priva d'effetto, ora all'acquirente si aggiunge qualche cosa, che egli fino allora non ha avuto. — *b*) Ma l'indicata massima è esatta nel senso, che quanto si aggiunge all'acquirente non gli si aggiunge in forza d'una nuova concessione, ma in forza della originaria. La formola esatta per il diritto d'accrescimento non è che al chiamato non si toglie ciò che egli ha, bensì che non gli si toglie ciò che gli è stato concesso. Con questa distinzione si esauriscono le obbiezioni di Krieg, *Delazione dell'eredità nel caso d'un nato morto* [Delation der Erbschaft im Falle einer Todtgeburt] (Monaco 1876) p. 11 sg., il quale ritiene che l'erede accrescente erediti in forza d'una nuova chiamata, e non fa ragione all'argomento indicato alla nota 4 e al § 604 nota 6. — *c*) Ma se l'accrescimento s'è verificato, non lo CONSIDERA forse il diritto COME se l'acquirente avesse fin dal principio avuto ciò che gli s'accresce? Questo è decisamente il concetto del diritto romano per l'accrescimento nei legati (§ 644 nota 8), ed anche per l'eredità è riconosciuta la stessa cosa nella massima che l'accrescimento ha luogo a favore anche degli eredi dell'erede accrescente (nota 4). Effettivamente questa massima costringe ad ammettere che l'erede accrescente non sia stato solamente chiamato alla quota che gli s'accresce, ma che egli l'abbia già avuta anche durante la sua vita. Questo supposto invero non è messo a base d'altre decisioni delle fonti, l. 2 D. *si pars her.* 5. 4, l. 25 D. *de sol.* 46. 3, v. pure l. 36 D. *eod.*, l. 28 D. *de iud.* 5. 1 (sulla l. 44 § 2 D. *de bon. lib.* 38. 2 cfr. § 644 nota 8). — *d*) Strohal, *Trasmissione pendente condicione* (Graz 1879) p. 115 sg. insegna che il diritto ritiene non semplicemente che l'erede accrescente abbia avuto fin dal principio, ma finge pure che il testatore lo abbia istituito pel tutto, sebbene effettivamente egli lo abbia voluto istituire soltanto per una quota e sostituirlo per la quota accrescente. Questa finzione il diritto la farebbe per rendere possibile il trapasso della quota d'accrescimento agli eredi dell'erede accrescente. Ma PERCHÈ vuole il diritto questo trapasso? Ed a che il ripiego della finzione?

sima l'altra, che l'accrescimento ha luogo per necessità giuridica[3], e ne è una conseguenza immediata, che l'accrescimento si verifica anche a favore dell'erede dell'acquirente, quando il non acquisto del chiamato con lui si determina soltanto dopo la morte dell'acquirente[4]. Del resto è qui ancora da osservare quanto segue.

1. Nell'accrescimento si concepisce come caso regolare, che colui, a favore del quale esso deve aver luogo, abbia per parte sua già acquistato al tempo in cui si determina il non acquisto dell'altro chiamato[5]; ma ciò non è necessario all'accrescimento[6].

---

(3) Esso si verifica senza volontà dell'erede, senza sua scienza, contro la sua volontà. L. 31 l. 53 § 1 D. *h. t.*, l. 2 § 8 D. *de B. P. s. t.* 37. 11, l. un. § 10 C. *de cad. toll.* 6. 51.

(4) Egli era già chiamato, non viene chiamato soltanto adesso. L. 26 § 1 D. *de cond.* 35. 1, l. 9 D. *de suis* 38. 16, l. un. § 10 C. *de cad. toll.* 6. 51, v. pure l. 60 [59] § 7 D. *de her. inst.* 28. 5. *Portio portioni accrescit*, cfr. l. 33 § 1 i. f. D. *de usufr.* 7. 1.

(5) Cfr. p. es. l. 53 § 1 D. *h. t.*, l. 2 § 8 D. *de B. P. s. t.* 37. 11, l. un. § 10 C. *de cad. toll.* 6. 51.

(6) Cfr. p. es. l. 17 § 1 l. 64 [63] l. 67 [66] D. *de her. inst.* 28. 5, i quali passi non contengono alcun riferimento ad un già avvenuto acquisto. V. pure l. 6 D. *de B. P.* 37. 1. Witte p. 271 in basso, Mühlenbruch p. 247, Brinz 1ª ediz. p. 825 in basso, 2ª ediz. III § 391 nota 7. — Perciò la teoria dell'accrescimento non appartiene propriamente a questo punto del sistema. Il luogo suo proprio sarebbe nella teoria generale della vocazione; ivi fra altro si dovrebbe trattare anche della chiamata congiuntiva. Ma anche astraendo da quanto s'è osservato nel testo, che cioè l'accrescimento di regola è concepito con un accrescimento della porzione acquistata, quindi come una estensione dell'acquisto, è più facile a questo punto rendere intelligibile la teoria da ogni lato, che non lo sarebbe stato in precedenza. — Ma può parlarsi d'accrescimento anche quando il chiamato congiuntamente viene a mancare prima della morte dell'ereditando, p. es. per morte o per deficienza della condizione d'istituzione, o perchè egli fin da principio non sia validamente istituito? Su ciò si controverte; cfr. da una parte Witte p. 271, Vangerow § 494 osserv. in pr., i quali sono contrari; dall'altra parte Mühlenbruch p. 246 sg., Dworzak p. 22 sg., Sintenis § 203 not. 1, Brinz 1ª ediz. p. 826, i quali sono favorevoli. In quanto può farsi parola d'una chiamata già prima della morte dell'ereditando, e anche già prima della morte di costui porne in chiaro il vero contenuto: che essa non concede una quota, bensì il tutto. V. pure l. 1 § 3. 4 C. *de cad. toll.* 6. 51, l. 20 § 2 D. *de her. inst.* 28. 5. — Quelli che si spingono più innanzi sono Brinz e

2. L'accrescimento presuppone, che in base alla vocazione del congiuntamente chiamato nè acquisti egli stesso, nè in suo luogo un altro[7]. L'acquisto divenuto inefficace[8] non s'equipara interamente al non acquisto[9].

3. L'accrescimento presuppone inoltre, che alla chiamata divenuta inefficace non ne subentri un'altra. Non è punto contradditorio che una quota ereditaria come tale formi oggetto d'una chiamata diversa da quella, dalla quale è compresa come parte del tutto[10].

4. Se sono imposti oneri sulla quota d'eredità caducata, questi seguono l'accrescimento[11-12]. Se si sia disposto della

---

Köppen locc. citt., i quali, in ordine al concetto dell'accrescimento, abbandonano l'elemento della chiamata cumulativa.

(7) L'accrescimento viene escluso dalla trasmissione. Cfr. l. un. § 5 C. *de cad. toll.* 6. 51.

(8) Di questo caso trattano in particolare: Schmidt (d'Ilmenau), *Dissertazioni di diritto civile* p. 63 sg., Puchta, *De accrescente portione eius qui praetoris auxilio ab hereditate se abstinuit*, 1842 (*Scritti minori di diritto civile* p. 532 sg.).

(9) L'equiparazione ha bensì luogo quando il coerede vuol prendere la quota che s'accresce; ma egli non è incondizionatamente costretto a prenderla. Se l'acquisto è rivocato per restituzione in intiero, egli può semplicemente ricusare la quota che s'accresce l. 61 D. *h. t.*, cfr. pure l. 98 *eod.*; nel caso d'eliminazione dell'acquisto per rinuncia dell'erede necessario il coerede può liberarsi dalla quota accrescente per via di rinunzia posteriore alla sua propria quota, v. § 595 nota 10. Del resto non è senza sostenitori neppur l'opinione che nel caso di rinuncia valga lo stesso, come per quello di restituzione, Schmidt p. 86 sg., Mühlenbruch XLIII p. 137 sg., Köppen, *Trattato* p. 286; in contrario Puchta p. 556 sg. (v. pure *ib.* p. 548 sg.), Vangerow § 494 osserv. Nr. 7. *b*, Brinz 2ª ediz. III p. 178.

(10) Quindi l'accrescimento è escluso dalla sostituzione (l. 2 § 8 D. *de B. P. s. t.* 37. 11, l. un. § 3. 4. 7 C. *de cad. toll.* 6. 51), e può essere escluso dalla delazione successiva (§ 573 nota 5).

(11) L. 61 § 1 D. *de leg.* II° 31 (cfr. l. 74 D. *de leg.* I° 30), l. 49 § 4 *eod.*, l. un. § 10 C. *de cad. toll.* 6. 51. Diritto anteriore: l. 29 § 1. 2 D. *de leg.* II° 31. Seuff., *Arch.* I. 266.

(12) L'opinione dominante fa eccezione per il caso in cui la quota ereditaria era conferita per via di una disposizione invalida fin da principio, in base alla l. un. § 3. 9 C. *de cad. toll.* 6. 51, col qual passo vanno confrontate le l. 5 D. *de his quae pro non scr.* 34. 8, l. 14 § 1 D. *ad leg. Corn. de falsis* 48. 10, l. 26 § 6 D. *de fideic. lib.* 40. 5. Però il passo menzionato non è da riferire alle dispo-

quota di colui, a favore del quale si verifica l'accrescimento, è una questione d'interpretazione il decidere se queste disposizioni abbraccino pure anche la quota che s'accresce, e tale questione nel dubbio non sarà risoluta affermativamente[13-14].

---

sizioni d'ultima volontà in genere, ma ai legati, e non ai legati, che accrescono, ma a quelli che restano presso i gravati; le parole « *nisi vacuatis* » fino a « *perveniebant* » formano una parentesi. Così Francke, *Contributi* p. 121 sg., al quale tengono dietro Arndts, *Continuaz. del Glück* XLVII p. 270 sg. e Brinz 2ª ediz. III § 391 nota 35, mentre Schneider (§ 604 nota 1) p. 253 sg., Mühlenbruch, *Continuaz. del Glück* XLIII p. 265, Vangerow II § 496 osserv. 3 Nr. V si sono dichiarati contro lo stesso.

(13) Per parte dell'ereditando (legato d'eredità) o per parte dell'erede (vendita, donazione, ecc., in genere alienazione dell'eredità).

(14) Le opinioni divergono relativamente a questo punto. Per l'opinione qui sostenuta: Glück XVI p. 341 sg., Baumeister p. 129 sg., Mayer, *Diritto ereditario* § 129 nota 6, Mommsen, *Illustrazioni* I p. 67 sg., v. Scheurl, *Divisibilità come qualità dei diritti* [Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten] p. 115 sg., Köppen, *Sistema* p. 188 sg.; per la opposta: Marezoll, *Riv. pel diritto e per la proc. civile* VI p. 335 sg., Mühlenbruch p. 348 sg., Jhering, *Dissertazioni* p. 11 sg., Sintenis § 203 not. 16, Vangerow § 494 osserv. Nr. 5. 6, Avenarius, *La vendita dell'eredità nel diritto romano* [der Erbschaftskauf im röm. Recht] (Lipsia 1877) p. 58 sg., Steinlechner, *L'essenza della iuris communio* II p. 127 sg.; in parte per la opinione qui sostenuta (nella vendita d'eredità), in parte per quella opposta (nel legato d'eredità) Brinz 2ª ediz. III p. 171. 172. Letteratura ulteriore in Vangerow ed Avenarius. Si osservi su questa controversia quanto segue: 1) È un argomento assai favorito a sostegno dell'opinione qui rigettata lo assumere che la porzione accrescente forma parte integrante della porzione originaria. Ciò certamente non è esatto; la porzione che s'accresce non forma una parte integrante (parte) della porzione originaria, ma una parte integrante (parte) del tutto, nel quale sono contenute entrambe le porzioni ed al quale invero quegli che perviene all'acquisto è pure chiamato. — 2) Ma non è da ammettere senza più particolare dimostrazione, che la volontà dispositiva si sia voluta riferire a questo tutto, perchè il chiamato aveva prospettiva pel tutto solamente nel caso che il chiamato congiuntamente non pervenisse all'acquisto, e senza peculiare ragione non si doveva contare sull'avveramento di questo caso. — 3) Quindi la questione può soltanto essere, se per regola legale nell'obbligazione di restituire una quota ereditaria non si contenga quella di restituire l'accrescimento come un *commodum* accessorio. Ma tale questione pel legato d'eredità è da risolvere senz'altro in senso negativo, v. II § 327 nota 6. Per il caso d'alienazione dell'eredità dànno un punto d'appoggio le l. 7 § 13 D. *comm. div.* 10. 3, l. 13 § 17 D. *de A. E. V.* 19. 1, l. 78 § 4 D. *de I. D.* 23. 3. Secondo

§ 604.

Una questione capitale è finalmente, quando si possa dire, che più persone sono chiamate allo stesso tutto?

1. Quanto alla chiamata per volontà del testatore[1], è possibile che egli nella sua disposizione abbia espressamente dichiarato di istituire uno nello stesso tutto, eredità o parte d'eredità, in cui ha già istituito un altro[2]. Se

---

questi passi il comproprietario, che è obbligato a restituire una quota di proprietà, deve restituire insieme anche l'altra quota aggiudicatagli nel giudizio di divisione. Ma egli deve restituirla soltanto contro risarcimento del corrispondente sacrifizio, come egli d'altra parte può esigere, che questo sacrifizio gli venga risarcito contro restituzione della quota di proprietà aggiudicata. L'una cosa e l'altra per considerazioni d'equità (l. 78 § 4 cit.). Ma l'equità certamente non vuole che il compratore lucri senz'altro una quota ereditaria, il venditore la perda senz'altro. — 4) I passi delle fonti, ai quali si è ricorso per l'opinione qui sostenuta, l. 83 D. *h. t.* 29. 2, l. 44 [43] D. *ad SC. Treb.* 36. 1, l. 2 § 1 D. *de H. v. A. V.* 18. 4, non sono probanti.

§ 604. (1) Nella successione testamentaria del diritto romano a partire dalla *lex Julia et Papia Poppaea* era escluso il diritto d'accrescimento, ad eccezione delle disposizioni non valide fin da principio; soltanto a favore dei discendenti ed ascendenti fino al terzo grado, istituiti nel testamento, esso persisteva illimitatamente. Astraendo da queste eccezioni, all'accrescimento sottentrava la *caduci vindicatio* per parte del fisco, però con una precedenza degli onorati nel testamento, che avevano figli. Tutto questo sistema fu abrogato da Giustiniano. Gai. II. 206. 207, Ulp. XVII. 2. XVIII, l. un. C. *de cad. toll.* 6. 51. Rudorff, *Riv. per la GP. stor.* VI p. 397 sg. (1828). Mayer nello scritto citato prima del § 603 allo *, p. 176 sg. (1835). Lo st., *Dir. ereditario* § 27 not. 2. Schneider, *Il diritto d'accrescimento civile antico e Giustinianeo e le disposizioni caducarie della* [das altcivile und Justinianische Anwachsungsrecht und die caducarischen Bestimmungen der] *lex Julia et Papia Poppaea* p. 91 sg. (1837); su questo scritto Huschke, *Ann. di Richter* 1838 p. 314 sg., Witte, *Diz. G.* I p. 304 sg.

(2) L. 142 i. f. D. *de V. S.* 50. 16. « '*L. Titius ex parte dimidia heres esto. Seius ex parte, qua L. Titium heredem institui, heres esto. Sempronius ex parte dimidia heres esto*'. *Julianus, dubitari posse, tres semisses facti sint, an Titius in eundem semissem cum G. Seio institutus sit. sed eo, quod Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus est, verisimilius esse in eundem semissem duos coactos et coniunctim heredes scriptos esse* ». L. 15 pr. D. *de her. inst.* 28. 5. Questa è la semplice *re coniunctio*. Cfr. l. 142 cit. *init.* e l. 89 D. *de leg.* III° 32. — Del resto è controverso, che in questo caso abbia luogo accrescimento; in contrario,

ciò non si verifica, è da ritenere che il testatore abbia voluto chiamare le più persone allo stesso tutto, se le ha istituite insieme senza far loro assegnazione di parti[3].

---

od anche pel diritto anteriore, od almeno per quello Giustinianeo a stregua della l. un. C. *de cad. toll.* 6. 51: Thibaut, *Arch. per la prat. civ.* VIII p. 406 sg., Rudorff p. 426, Mayer p. 215 sg. e *Diritto ereditario* § 29, Witte p. 312, e gli altri nominati in Vangerow § 496 osserv. 3 Nr. II. Non si debbono andar cercando attestazioni A FAVORE del diritto d'accrescimento dei *re coniuncti*, bensì CONTRO di esso. Ma non mancano neppure attestazioni della prima specie. Poichè secondo la l. 60 [59] § 3 D. *de her. inst.* 28. 5 (v. pure l. 20 § 2 *eod.*) hanno diritto d'accrescimento i *coniuncti*, *coniunctim instituti*, e v. l. 142 D. *de V. S.* 50. 16, l. 15 pr. D. *de her. inst.* 28. 5. Sicuramente v'è pei legati un'altra terminologia, secondo la quale si distingue se a più persone la stessa cosa è lasciata *coniunctim* o *disiunctim* (cfr. p. es. § 8 I. *de leg.* 2. 20, l. 33 pr. D. *de leg.* I° 30, Gai. II. 199. 205. 215. 223). Ma nei passi menzionati si rileva, in contrapposto a questa terminologia, che nella *re coniunctio* sta una effettiva *coniunctio*, mentre la l. 67 [66] D. *de her. inst.* 28. 5 (nota 3) viceversa sentenzia che la *verbis coniunctio* è una *coniunctio* solo quanto all'apparenza esteriore. Nella l. un. § 10 C. *de cad. toll.* 6. 51 non sono per verità menzionati i semplicemente *re coniuncti* (nota 3 in f.); Giustiniano non ha pensato a questo caso, che ha pur sempre qualche cosa di particolare.

(3) È questa la *re et verbis coniunctio*, la congiunzione nella cosa espressa mediante la congiunzione nella parola. L. 142 D. *de V. S.* 50. 16 (nota 2); — « *Nec dubium est, quin coniuncti sint, quos et nominum et rei complexus iungit, veluti: 'Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto'; vel ita: 'Titius Maeviusque heredes sunto'; vel 'Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunto'* ». L. 60 [59] § 2 D. *de her. inst.* 28. 5, cfr. l. 11 l. 13 pr. *eod.* — Se il testatore ha assegnato parti ai più nominati insieme, essi sono semplici *verbis coniuncti*, e nel dubbio (v. nota 4*a*) non hanno diritto d'accrescimento. L. 67 [66] D. *de her. inst.* 28. 5. « *Si ita quis heredes instituerit: 'Titius heres esto, Gaius et Maevius aequis ex partibus heredes sunto', quamvis 'et' syllaba coniunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit, sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam coniunxisse quam celerius dixisse videatur* ». Cfr. l. 89 D. *de leg.* III° 32: — « *verbis* (*sc. coniuncti videntur*): '*Titio et Seio fundum aequis partibus do lego*', *quoniam semper partes habent legatarii* ». Invero anche questo (che i semplici *verbis coniuncti* non abbiano diritto d'accrescimento) è controverso meno pel diritto anteriore che per quello Giustinianeo, in base alla l. un. § 10 C. *de cad. toll.* 6. 51, v. Rudorff, Mayer e Witte ai ll. citati nella nota 2, anche Huschke (nota 1) p. 330 in basso. Si ritiene cioè, che Giustiniano dall'antico diritto della caducità abbia trasportata la preminenza dei *verbis coniuncti* (Gai. II. 207, l. 89 D. *de leg.* III° 32) nell'ordine da lui novellamente adottato. Effettivamente io non credo si possa negare che Giustiniano nella l. un. § 10 cit. parli di *verbis coniuncti;* la « *unitas sermonis* » alla chiusa del

Ciò vale non solamente per il caso in cui le abbia istituite insieme in una parte determinata, ma anche per il caso in cui egli le abbia istituite senza tale indicazione di parte[4]; anzi, nel primo caso il diritto d'accrescimento non è neppure necessariamente escluso per ciò, che ad ogni istituito sia assegnata la sua quota[4a]. Se il testatore accanto ad eredi da lui chiamati allo stesso tutto con formola congiuntiva, istituisce su questo stesso tutto ancora un altro con formola separata, deve presumersi che egli abbia voluto che i chiamati congiuntamente formino complessivamente una unità di fronte al chiamato con formola separata, per modo che, col venir meno d'uno di essi si fa l'accrescimento solamente ai chiamati con

---

passo sfida, secondo me, ogni altra spiegazione. Ma da ciò non segue, che egli parli di chiamati che siano *coniuncti* SEMPLICEMENTE *verbis*, non anche ad un tempo *re;* e che egli effettivamente ciò non faccia, lo prova a mio avviso con perfetta sicurezza la chiusa del §. « *Hoc ita tam varie, quia coniuncti quidem propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt et partem coniunctorum sibi heredum quasi suam praeoccupant;* DISIUNCTI *vero ab ipso testatoris sermone apertissime sunt* DISCRETI ET SUUM QUIDEM HABENT, ALIENUM AUTEM NON SOLI APPETUNT, *sed cum omnibus suis coheredibus accipiunt* ». I *disiuncti* di questo passo sono, come è palmare, i non *re coniuncti;* del *re coniunctus* non si può dire, che egli « *alienum appetit* ». Quindi i *coniuncti*, che vengono posti in opposizione ad essi, sono *re coniuncti*, e poichè essi, secondo quanto s'è detto, vengono ad un tempo pensati come *verbis coniuncti*, sono *re et verbis coniuncti*.

(4) P. es. ' *Titius heres esto, Seius et Maevius heredes sunto* '. L. 64 [63] D. *de her. inst.* 28. 5. « *Heredes sine partibus utrum coniunctim an separatim scribantur, hoc interest, quod, si quis ex coniunctis decessit, non ad omnes, sed ad reliquos qui coniuncti erant pertinet, sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio eius pertinet* ». In contrario l. 17 § 1. 2 *eod.:* — « *quantum ad ius adcrescendi non sunt coniuncti, qui sine parte instituuntur* ». Tentativi di conciliazione in Vangerow § 496 osserv. 3 Nr. 4 e gli ivi menzionati. Pel diritto Giustinianeo, a stregua della l. un. § 10 C. *de cad. toll.* 6. 51 (nota 3), non può esser dubbio, che la decisione della l. 63 [64] cit. sia da preferire; anzi non è inverosimile, che Giustiniano nella sua legge abbia avuto di mira proprio questo caso e la controversia sopra di esso agitata.

(4a) È possibile, che l'ereditando abbia pensato all'assegnamento di parti solo per il caso di concorrenza, non abbia voluto fin da principio scindere la quota d'eredità, alla quale egli ha chiamato più persone. Questa è una questione d'interpretazione.

lui[5]. — Ma anche gli istituiti nel testamento come tali sono chiamati allo stesso tutto, in quanto sebbene chiamati all'eredità ciascuno per una parte, sono pur sempre chiamati all'eredità. Quindi anche fra tutti gli eredi testamentari come tali ha luogo il diritto d'accrescimento, e la conseguenza di ciò è, che la parte caducata s'accresce non solo a quelli che vivono ancora al tempo della caducità, ma anche agli eredi di quelli che sono morti (dopo l'acquisto)[6]. Rispetto ai testamenti militari questo diritto di

---

(5) Cfr. Mühlenbruch XLIII p. 318 sg., Vangerow § 496 osserv. 3 Nr. III. Di div. opin. Sintenis III § 203 not. 14.

(6) L. 26 § 1 D. *de cond.* 35. 1, cfr. l. 9 D. *de suis et leg.* 38. 16. Se questa massima, che è generalmente riconosciuta, non vigesse, sarebbe possibile rappresentarsi il rapporto per modo che la quota caduca si aggiungesse all'erede testamentario per via di una estensione della chiamata testamentaria posteriormente verificantesi secondo una regola della legge, cioè, per via di una nuova chiamata legale in base a quella testamentaria anteriore. Ma quella massima prova, che il concetto del diritto romano è che ogni istituito in una parte sia ad un tempo fin dal principio istituito pure nella parte di ciascun altro (non: sia istituito pel caso di mancamento dell'altro — poichè questa sarebbe una istituzione condizionale, che non potrebbe tornare a profitto degli eredi di chi muore prima dell'avveramento della condizione — ma sia subito compreso nella istituzione), e ciò è concepibile solamente in base all'idea, che la frazione dell'eredità è pur sempre eredità. Come in ogni frazione dell'eredità si acquista l'eredità (§ 602), così nella istituzione in una frazione dell'eredità sta una istituzione nell'eredità. — Questo concetto nell'epoca moderna è stato in più guise impugnato. — 1) Fitting, *Arch. per la prat. civ.* LVII p. 149 sg. stabilisce pel diritto d'accrescimento in genere la regola, che se un chiamato all'eredità non diventa erede, tutto debba giuridicamente essere trattato, come se egli fin da principio non fosse stato erede, e da questa regola egli argomenta per il caso in esame, che ogni erede istituito in una parte sia da considerare come chiamato non a questa parte, ma a quella che proporzionalmente a questa parte verrà fissata dal numero di coloro che effettivamente pervengono all'acquisto. Fitting assume che fino alla decisione sul numero degli acquirenti sussista uno « stato di pendenza », ma uno stato di pendenza non per l'essere ma per la consapevolezza dell'essere; coll'avverarsi della decisione la quantità della quota ereditaria non sarebbe soltanto allora determinata, ma solamente resa « nota », « palesata ». In contrario è da osservare, che il principio stabilito da Fitting è un puro principio formale, mentre esso sul fondamento dell'accrescimento, come anche Fitting stesso accenna (p. 153), non dà alcuna spiegazione; per quanto riguarda il concetto sostanziale, v. § 603 nota 2*a*. Contro Fitting Krieg (§ 603 nota 2*a*) p. 11 sg. Dernburg III § 128 nota 2.

accrescimento, secondo il diritto romano, veniva meno, perchè al luogo di quello che mancava era chiamato l'erede *ab intestato*[7]; per la stessa ragione esso vien meno anche rispetto all'odierno contratto ereditario[8].

2. Nella successione *ab intestato* tutti i chiamati all'eredità lo sono come ad uno stesso tutto; quindi la parte di un non acquirente (se non ha luogo chiamata succes-

---

Invece condivide essenzialmente il concetto sostanziale di Fitting Hofmann, *Studi crit. sul dir. romano* p. 55 sg., in quanto egli ancor più decisamente accentua, che i numeri delle quote d'istituzione secondo la volontà del testatore sarebbero semplici proporzioni. — 2) Merkel (§ 603 nota 1) p. 121 sg. contro l'argomento indicato in principio della nota obbietta, che anche nella porzione d'istituzione si acquista la porzione di sostituzione, e tuttavia il diritto alla porzione di sostituzione non è trasmissibile agli eredi. Io non intendo questa obbiezione. Coll'adizione d'eredità si acquista tutto quello a cui chi adisce è chiamato; ma l'istituito in una quota non è chiamato alla porzione di sostituzione come tale, egli è chiamato soltanto alla « eredità ». Egli acquista la « eredità » e la trasmette ai suoi eredi; egli non acquista la porzione di sostituzione come tale, i suoi eredi la ricevono soltanto come « eredità », e quindi se l'istituito aveva dei coeredi, la dividono con questi. — 3) Strohal (§ 603 nota 2*a*) p. 90 sg. ritiene anche per questo caso, che il diritto finga, che l'ereditando abbia voluto ciò, che effettivamente non ha voluto. — 4) Köppen, *Sist.* p. 178 sg. vede lo « scopo pratico » del diritto d'accrescimento nella rimozione del concorso sopra una quota d'eredità, che porrebbe a repentaglio i creditori ereditari, sebbene però a tale scopo si richiegga per l'appunto soltanto il non verificarsi della vacanza, non già l'accrescimento. K. aggiunge, che il diritto d'accrescimento trova il suo « fondamento giuridico » nel « concetto della successione universale », secondo il quale la successione o potrebbe aver luogo soltanto nella intiera eredità o non avrebbe luogo affatto. Mi pare anche di fronte a ciò giustificata la domanda: perchè deve poi proprio QUESTA persona ottenere la quota ereditaria che resta vacante?

(7) L. 37 D. *de test. mil.* 29. 1. « *Si duobus a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest, et competit patrono ab intestato bonorum possessio, nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem* ». Cfr. su quest'ultimo punto l. 3 C. *eod.* 6. 21. Quanto all'odierno vigore di questa massima, cfr. § 537 nota 4*a*.

(8) Cfr. § 537 nota 8. — Quel diritto d'accrescimento, che si fonda sull'avere la volontà del testatore direttamente assegnato a più persone lo stesso tutto, non vien meno nel contratto ereditario come non veniva meno nel testamento militare. Cfr. Beseler, *Contratti ereditari* II. 1 p. 280 sg., Mühlenbruch p. 366, Unger § 38 not. 2.

siva[9]) s'accresce non solamente agli acquirenti, ma anche ai loro eredi[10]. Ma ad un tempo nel caso di divisione in stirpi od in linee, coloro che appartengono ad una stirpe o linea sono chiamati come allo stesso tutto alla porzione spettante alla stirpe o linea rispettiva; quindi la parte ereditaria d'un compagno di stirpe o di linea non s'accresce a tutti gli altri eredi *ab intestato*, ma esclusivamente agli appartenenti alla stessa stirpe o linea od ai loro eredi[11] (*f*).

---

(9) V. § 563 nota 5, § 603 nota 10.

(10) L. 9 D. *de suis* 38. 16. Anche qui, se non si facesse l'accrescimento a favore degli eredi dell'acquirente, sarebbe possibile costrurre il diritto d'accrescimento senza ricorrere all'idea dell'unità della eredità, e dedurlo semplicemente dalla massima, che l'ereditando non possa restare in parte senza erede. Ma il fatto che l'accrescimento ha luogo anche a pro degli eredi dell'acquirente, prova che tutti i chiamati si hanno come chiamati fin dal principio a ciascuna altra quota ereditaria, quindi all'eredità. — Ma si verifica appunto accrescimento, cioè proporzionale aumento della quota ereditaria originaria dell'acquirente; non si verifica una nuova divisione dell'eredità fra coloro che pervengono all'acquisto, secondo quel modo di divisione che avrebbe avuto luogo, se essi fin da principio fossero stati chiamati da soli. Quindi, se vengono meno i fratelli e sorelle chiamati insieme agli ascendenti, per questi non si verifica invece della divisione per capi quella per linee, se vengono meno i fratelli e sorelle chiamati insieme ai figli di fratelli e sorelle, non si verifica per questi invece della divisione per stirpi quella per capi. Di div. op., molti, ed in particolare anche Fitting loc. cit. (nota 6) in base alla regola da lui stabilita pel diritto d'accrescimento, la quale però, io credo, come tale non è da lui dimostrata. V. i maggiori ragguagli § 573 nota 6.

(11) L. 12 pr. D. *de B. P. c. t.* 37. 4.

CAPITOLO IV.

IL RAPPORTO GIURIDICO DELL'EREDE

I. In generale*.

§ 605.

L'erede subentra nel patrimonio dell'ereditando e con ciò in tutti e singoli i rapporti giuridico-patrimoniali, nei quali si trovava l'ereditando[1]. Ed invero trapassano nell'erede non semplicemente i rapporti giuridici perfetti dell'ereditando, ma anche quelli appena in via di formazione[2], e le dichiarazioni di volontà emesse dall'ereditando vincolano l'erede nella stessa misura, nella quale vincolavano l'ereditando[3]. In breve, vale per l'erede nel riguardo giuridico-patrimoniale lo stesso che valeva per l'ereditando; nel riguardo giuridico-patrimoniale non vi è di mutato che

(*) Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XLIII p. 3 sg. Arndts, *Diz. G.* IV p. 17 sg. Köppen, *Sistema* § 1. *Trattato* § 1. 31. 32. Schirmer § 2. Unger § 40 [Hölder, *La posizione dell'erede romano* (die Stellung des röm. Erben). *Riv. per la fondaz. Savigny* XVI p. 221 sg. 1895].

(1) V. § 538 e specialmente l. 37 D. *de A. v. O. H.* 29. 2. « *Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant* ». § 605.

(2) Così il diritto e l'obbligazione nascente da una dichiarazione di volontà condizionale (I § 89 note 6. 7), il rapporto d'usucapione (I § 181 Num. 1). V. pure I § 74 nota 4.

(3) L. 1 pr. § 1 D. *de exc. rei vend. et trad.* 21. 3. « *Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris et tuum postea factum petas, hac exceptione recte (te) repellendum. Sed et si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum* ». L. 73 D. *de evict.* 21. 2, l. 14 C. *de R. V.* 3. 32, l. 3 C. *de reb. al.* 4. 51, l. 14 C. *de evict.* 8. 44 [45], cfr. l. 20 D. *qui et a quibus* 40. 9. La stessa decisione come per la trasmissione di proprietà si trova nelle fonti per la manumissione. L. 31 D. *de lib. causa* 40. 12, l. 7 C. *eod.* 7. 16. Similmente per la costituzione di pegno; sebbene qui anche l'opposta opinione sia rappresentata nelle fonti l. 41

la persona del soggetto investito di diritti e d'obbligazioni[4].

Però ciò è vero soltanto in massima. Eccezionalmente vi sono rapporti giuridici che colla persona dell'avente diritto o dell'obbligato vengon meno e perciò non trapassano all'erede[5].

Il patrimonio trapassato all'erede non continua per avventura presso di lui una particolare esistenza giuridica, ma si confonde col suo restante patrimonio in una indivisa unità[6], e quindi mediante l'adizione dell'eredità vengon

---

D. *de pign. act.* 13. 7 contro la l. 22 D. *de pign.* 20. 1. V. al riguardo I § 230 nota 9. Cfr. pure II § 307 nota 9. Seuff., *Arch.* XXV. 43.

(4) L. 59 D. *de R. I.* 50. 17. « *Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat* ». L. 177 pr. *eod.* V. pure Nov. 48 pr.: — « *cum... nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et qui in eum transmittet hereditatem* » (§ 528 nota 7 Num. 2).

(5) Diritti reali personali, I § 202 nota 4; obbligazioni personali, II § 359; il diritto nascente dalla chiamata all'eredità, § 600 nota 1, e quello nascente dal legato condizionale, I § 89 nota 8: i privilegi personali I § 136 nota 6. Sulle tombe e i banchi in chiesa v. Glück XI p. 400 sg., Köppen, *Sistema* p. 196 sg. *Trattato* p. 34 sg. — Che neppure il possesso trapassa all'erede, le fonti lo rilevano espressamente (l. 23 pr. *de A. v. A. P.* 41. 2, l. 30 § 5 *eod.*), e ciò merita di essere notato in quanto anzi il possesso in altri casi è stato molte volte sceverato dalla sua base di fatto (I § 148 in f.). Così è poi anche d'altra parte stato negato il non trapasso del possesso all'erede, specialmente da Pfeiffer, *Spiegazioni prat.* I Nr. 15; v. in contrario Mühlenbruch p. 78 sg.; in favore ultimamente Zrodlowski, *Disquisizioni sul dir. civ. austr.* p. 65 sg. e *Dir. priv. rom.* II p. 229 sg. Una indagine storica in Cosak, *Il possesso dell'erede* [der Besitz des Erben], Weimar 1877; sovr'esso Brinz, *Riv. crit. trim.* XX p. 155 sg. Cfr. pure Bekker, *Possesso* p. 289 sg., Pininski, *Fatto costitutivo dell'acquisto del possesso di cose* [Thatbestand des Sachbesitzerwerbes] I p. 34 sg.

(6) L'erede dopo l'adizione dell'eredità non ha due patrimoni, ma, dopo come prima, ne ha soltanto uno. Cfr. Gai. IV. 34 (l'erede nel far valere i diritti ereditati desume l'*intentio* dalla sua persona), l. 36 § 2 D. *de H. P.* 5. 3. (l'*actio* nascente dal danneggiamento di cose ereditate « *ipsius* [*sc. heredis*] *propria effecta est, nec veniet in hereditatis petitionem* »). Al concetto, che l'erede dopo l'adizione dell'eredità abbia due diversi patrimoni (« l'uno accanto all'altro » o « l'uno nell'altro », cfr. Brinz 1ª ediz. p. 672), sono sforzati coloro che nell'erede fanno sopravvivere la personalità giuridica patrimoniale dell'autore. V. le citazioni nel § 528 nota 6; inoltre anche Unger § 40 not. 2. Ultimamente

meno i diritti su cose altrui e le obbligazioni, che sussistevano fra l'erede e l'ereditando[7]. Questa confusione però non esclude, che per singoli riguardi il patrimonio ereditario possa essere considerato giuridicamente come ancora persistente quale patrimonio speciale[8].

La posizione giuridica, nella quale l'erede come tale si trova, si può con una breve espressione chiamare diritto ereditario[9], ben anche eredità[10]. Però queste espressioni,

---

per il concetto, che l'erede dopo l'adizione abbia invero un patrimonio, ma composto di due diversi patrimoni, Birkmeyer, *Sul patrimonio nel senso giuridico* [über das Vermögen im juristischen Sinn] p. 84 sg.

(7) L. 18 D. *de serv.* 8. 1, l. 9 D. *comm. praed.* 8. 4, l. 70 § 1 l. 84 § 4 l. 116 § 4 D. *de leg.* I° 30; l. 2 § 18 D. *de H. v. A. V.* 18. 4, l. 75. 95 § 2 D. *de sol.* 46. 3, ed altre molte. V. I § 215 Num. 3, § 248 Num. 4, II § 352.

(8) Così specialmente nella *hereditatis petitio* (§ 611 sg.) e nel legato d'eredità (v. § 662 sg.). V. pure Gai. III. 84: in conseguenza dell'adozione e della in *manum conventio* il patrimonio che il figlio o la moglie ha ereditato, trapassa al padre adottivo ed al marito in maniera che questi stessi diventano eredi, e quindi anche debitori dei creditori dell'eredità, mentre essi rispondono soltanto indirettamente pei debiti proprii del figlio o della moglie. Cfr. Birkmeyer op. cit. p. 87 sg, — Ma il patrimonio ereditario viene appunto in considerazione come patrimonio speciale anche soltanto quando il diritto lo ha espressamente prescritto; oltre questi limiti non può arbitrio umano far sì che esso sia giuridicamente separato dal patrimonio dell'erede. Così in ispecie non l'arbitrio dell'erede all'atto dell'adizione dell'eredità. L. 7 § 2 D. *de A. v. O. H.* 29. 2. « *In omni successione, qui ei heres exstitit, qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse, nec potest Titii omittere hereditatem* ».

(9) *Jus hereditatis*, § 2 I. *de reb. incorp.* 2. 2 (nota 10), cfr. § 536 nota 3; *ius hereditarium*, l. 6 pr. D. *de relig.* 11. 7, l. 37 D. *de contr. emt.* 18. 1, l. 49 D. *mand.* 17. 1, l. 73 D. *de evict.* 21. 2, l. 91 D. *ad leg. Falc.* 35. 2.

(10) Non è contrario alle buone regole della lingua il dire, che si è acquistata qualche cosa per via di eredità, cioè appunto con ciò, che si è diventati eredi. Cfr. l. 3 § 2 D. *de itin.* 43. 19: — « *in cuius locum hereditate vel emptione aliove quo iure successi* »; l. 80 D. *de leg.* II° 31: — « *hereditas heredis res singulas facit* ». Anche altrove si presenta nelle fonti l'espressione *hereditas* nel senso di diritto ereditario. Così intende specialmente il § 2 I. *de reb. incorp.* 2. 2 per *hereditas* « *ipsum ius hereditatis* », per cui nella (nel resto affatto corrispondente) l. 1 § 1 D. *de D. R.* 1. 8 si dice « *ius successionis* » (v. pure l. 13 § 4 D. *de A. v. A. P.* 41. 2). V. inoltre l. 24 D. *de V. S.* 50. 16 (l. 62 D. *de R. I.* 50. 17). « *Nihil est aliud hereditas, quam successio in universum ius, quod defunctus habuit* ». Come in questo significato di *hereditas* trapassa il significato ordinario, nel quale *hereditas* indica l'oggetto dell'avere, lo mostra la l. 208 D.

per la loro ambiguità[11], non si raccomandano come stabili designazioni tecniche[12].

II. Rapporto giuridico dell'erede rispetto ai creditori.

A. *Benefizio dell'inventario**.

§ 606.

In massima l'erede risponde verso i creditori dell'eredità illimitatamente, non soltanto fino a concorrenza dell'ere-

---

de V. S. 50. 16. « *Bonorum appellatio sicut hereditatis universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat* ». Anche nella l. 3 pr. § 1 D. *de B. P.* 37. 1 l'espressione *bona* vien definita come « *universitatis successio* ».

(11) L'espressione « eredità » designa però precipuamente il patrimonio ereditato, e l'uso del linguaggio attribuisce « diritto ereditario » anche a colui che è semplicemente chiamato ad una eredità. Cfr. § 536 nota 3.

(12) In edizioni anteriori [fino alla 3ª] si era detto (I § 637 nota 6), che il diritto ereditario nel senso qui indicato è un diritto reale, un diritto sulla eredità come cosa incorporale. Si era per verità aggiunto, che il più preciso contenuto di questo diritto reale è « il diritto... di venir trattato nel riguardo giuridico patrimoniale come rappresentante dell'ereditando ». Ma se poi è così, a che giova mantener saldo il concetto d'un diritto reale in genere? Che questo concetto sia conforme alle fonti, non è provato dalla natura rivendicatoria della *hereditatis petitio* (*vindicatio in libertatem, vindicatio filii in potestate*), neppure dallo « *hereditatem* MEAM *esse* » nella *intentio;* poichè colla espressione *meus* veniva rivendicato anche il figlio in potestà (l. 1 § 2 D. *de R. V.* 6. 1), e chi volesse dar peso al « *dominus hereditatis* » della l. 49 [48] pr. D. *de her. inst.* 28. 5, verrebbe infine anche ad un diritto reale sopra un atto od una lite (*dominus negotii, dominus litis*). V. pure Brinz 1ª ediz. p. 655. 667 2ª ediz. § 357 nota 2. § 397, Wächter II p. 665, Unger § 2 not. 14, Mandry, *Il diritto patrimoniale comune della famiglia* I p. 118 (cfr. § 528 nota 7 in f.). Per il *dominium hereditatis* ultimamente di nuovo Pfaff ed Hofmann, *Commento al cod. civ. austr.* II p. 6 sg., Birkmeyer op. cit. p. 84 sg., cfr. p. 313 sg.

(*) V. Buchholtz, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* X p. 402 sg. (1837). Heimbach, *Diz. G.* I p. 809 sg. (1839). Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XLI p. 355 sg. (1840). Strippelmann, *Decisioni del Trib. Sup. d'app. di Cassel* III. 2 p. 1 sg. (1845). Köppen, *Trattato* § 34. Sintenis III p. 504 sg., Brinz 1ª ediz. § 158. 2ª ediz. II § 399, Unger § 42. L'articolo di Hofmann nella *Riv. di Grünhut* VIII p. 355 sg. (sulla teoria del *beneficium inventarii* e della *separatio bonorum*) è precipuamente di contenuto politico-legale [Casso v. nota 9.

dità[1]. Questo principio, fatta eccezione pei soldati[2] e per il caso in cui si diventa erede senza volerlo[2a], è stato esplicato senza deviazioni, lasciando all'erede di porsi al sicuro contro la minaccia del pregiudizio che ne sorge, coll'investigare le forze dell'eredità[3], o, se ciò non gli basta, per via di contratto coi creditori[4]. Invece Giustiniano la ruppe con questo principio; egli dispose che l'erede non risponda verso i creditori al di là della consistenza dell'eredità, e vincolò questo favore alla sola condizione, che ai creditori si dia sicurtà che effettivamente tutto quello che si trova nell'eredità verrà impiegato nel loro soddisfacimento[5]. Al riguardo vigono le seguenti più minute regole.

1. La suindicata sicurtà deve darsi ai creditori colla confezione d'una descrizione del patrimonio (inventario)[6].

Bechmann, *La responsabilità dell'erede beneficiato per i debiti dell'eredità secondo il dir. rom. e il comune* (die Haftung des Beneficialerben für die Schulden der Erbschaft nach. r. u. gem. R.) dissertazione di Erlangen 1895. Kollenscher, *Il ben. inventarii secondo il dir. giustinianeo e il comune odierno*. Dissertazione di Würzburg 1898].

(1) L. 8 pr. D. *de A. v. O. H.* 29. 2: — « *hereditas... quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est* ». L. 36 D. *de bon. lib.* 38. 2, l. 10 C. *de iure del.* 6. 30. Anche se l'erede non è pervenuto al possesso dell'eredità: Seuff., *Arch.* XXIII. 137. — Relativamente al termine di nove giorni da concedersi all'erede secondo la Nov. 115 c. 5 § 1 cfr. Sintenis II § 91 not. 3. § 606.

(2) L. 22 pr. § 15 C. *de iure del.* 6. 30, § 6 I. *de her. qual.* 2. 19.

(2a) L. 1 § 6. 18 D. *de sep.* 42. 6.

(3) V. § 598 nota 5, § 5 I. *de her. qual.* 2. 19. — È ovvio al riguardo che l'erede pubblicamente inviti i creditori ignoti a presentarsi; ma quelli che non si presentano, non vengono pregiudicati neppure da una eventuale preclusione giudiziaria. Seuff., *Arch.* VIII. 155. Cfr. Ord. di pr. civ. § 823.

(4) I creditori rinunziano ai loro crediti pel maggior importo (l. 7 § 17 D. *de pact.* 2. 14, cfr. II § 358 nota 2), o promettono all'erede, che adisce, di rilevarlo da ogni danno. Una forma romana di quest'ultimo contratto è il *mandatum*. V. II § 412 Num. 2 e l. 32 D. *mand.* 17. 1, l. 4 pr. *de exc. doli* 44. 4.

(5) L. 22 C. *de iure del.* 6. 30 dell'anno 531. Cfr. § 6 I. *de her. qual.* 2. 19.

(6) Quindi oggidì si parla d'un *beneficium inventarii*, adizione *cum* o *sub beneficio inventarii*. Ma non occorre già che all'atto dell'adizione si dichiari che si adisce con questo benefizio; basta il fatto della confezione d'un inventario. Seuff., *Arch.* XIX. 168 Nr. 1, XXVIII. 145, XXXI. 345, XXXV. 139. D'altra

Questa confezione l'erede deve cominciarla entro il mese dalla ricevuta notizia della chiamata, e deve compiere l'inventario entro due altri mesi[7]. Se l'eredità si trova in tutto o nella maggior parte in un altro luogo, l'erede ha in complesso il termine d'un anno a cominciare dalla morte dell'ereditando. Nella confezione deve adibirsi un notaio col necessario numero di testimoni, e l'inventario deve essere sottoscritto dall'erede[8].

2. L'effetto della confezione dell'inventario è anzitutto quello indicato, che l'erede non è tenuto verso i creditori a più di quanto importa il patrimonio registrato nell'inventario[9]. Ma oltre all'inventario può richiedersi all'erede

---

parte nella confezione d'un inventario è già insita una adizione d'eredità? Buchholtz p. 407 sg., Mühlenbruch p. 401 sg., Seuff., *Arch.* VIII. 154. Basta un inventario fatto dal curatore dell'eredità? Seuff., *Arch.* XXIII. 137.

(7) L. 22 cit. § 2. 3. Mühlenbruch p. 356 sg. 361, Strippelmann p. 6 sg., Schäffer, *Arch. per la GP. prat.* V p. 240. 241. Seuff., *Arch.* XVI. 124, XXVI. 251.

(8) L. 22 cit. § 2. All'atto della sottoscrizione dell'inventario l'erede deve indicare l'importo del patrimonio ed aggiungere l'assicurazione, « *quod nulla malignitate circa eas (sc. res hereditarias) ab eo facta vel facienda res apud eum remanent* ». Secondo la Nov. 1 c. 2 § 1 l'erede, per garantirsi contro i legatari (nota 11), deve convocare anche questi, od in loro assenza, tre testimoni. Cfr. Buchholtz p. 402 sg., Mühlenbruch p. 359 sg., Strippelmann p. 3 sotto alla lett. *b*. Per diritto particolare oggidì l'inventario si confeziona giudiziariamente sulla dichiarazione dell'erede di voler adire *cum beneficio inventarii*, o sulla istanza dei creditori o legatari. Cfr. Mühlenbruch p. 363, Strippelmann p. 3 sotto la lett. *a*, Sintenis not. 15. Va troppo oltre Seuffert § 572 in f.; cfr. Brinz 1ª ediz. p. 679 sg. Seuff., *Arch.* XIX. 168 Nr. 1, XXXII. 154.

(9) L. 22 cit. § 4: — « *ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant... et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant...* » § 5. 7. 12 *eod.* Al contrario egli non può più revocare l'avvenuta adizione dell'eredità, neppure entro il termine d'obbligo dell'inventario. Cfr. contro Marezoll, *Arch. per la prat. civile* VIII p. 275, Heimbach op. cit. p. 943. — Buchholtz op. cit. p. 420 sg., Vangerow, *Arch. per la prat. civ.* XXII p. 173 sg., Strippelmann p. 12 sg. — Un'opinione più avanzata ritiene che l'erede risponda non col suo patrimonio per l'importo dell'asse, ma soltanto colle cose dell'asse (non *pro viribus hereditatis*, bensì *cum viribus hereditatis*). Di questa questione tratta a fondo la dissertazione

anche il giuramento di manifestazione, e se egli viene convinto di distrazione, è tenuto al doppio[10]. L'erede non è tenuto ad indagare se al creditore che si presenta non ne preceda un altro avente diritti poziori; egli può soddisfare i singoli creditori, come si presentano, e lasciare ad essi di accomodare le loro ragioni fra di loro[11]. Durante la confezione dell'inventario l'erede non è tenuto a rispondere ad alcuna azione ereditaria[12].

3. Un ulteriore effetto della confezione dell'inventario è che l'erede può esigere soddisfacimento anche per i suoi proprii crediti contro l'ereditando[13]; e per converso egli

---

inaugurale (di Berlino) di G. Casso, *La responsabilità dell'erede beneficiato secondo il dir. romano e odierno* [die Haftung des Beneficialerben nach r. u. heut. R.] 1890. Dernburg III § 171 lett. *b*.

(10) L. 22 cit. § 10. Strippelmann p. 4 sg., Mühlenbruch p. 409 sg.

(11) L. 22 cit. § 4-6. 8. Anche legatari possono essere da lui soddisfatti prima dei creditori. Quanto al rapporto dei creditori fra di loro, la legge di Giustiniano antepone espressamente soltanto i creditori poziori con pegno agli altri creditori; ma è manifestamente nel suo spirito, che anche i creditori chirografari privilegiati debbano avere il diritto di ripetere dai creditori chirografari ordinari quello che è stato ad essi pagato. Invece un creditore chirografario ordinario non ha il diritto di ripetere in parte ciò che è stato pagato ad un altro creditore chirografario ordinario. Per il caso in cui ciò che s'è pagato ad un avente diritto deteriore non possa ripetersi da lui per insolvenza, non si andrà troppo oltre dichiarando responsabile l'erede che ha pagato, se lo ha fatto scientemente. Ogni facoltà di pagamento dell'erede cessa naturalmente tostochè è decretato il concorso sopra l'eredità (nell'anteriore diritto comune la possibilità d'un concorso sopra l'eredità come tale non era incontroversa, ma v. attualmente *Ord. dei conc.* § 202 sg. [214 seg.]). Infondata è l'opinione, che l'adizione *sub beneficio inventarii* abbia senz'altro per conseguenza l'inizio di una procedura simile al concorso e la divisione della massa secondo i principî del concorso. Cfr. in genere Buchholtz p. 413 sg., Mühlenbruch p. 367 sg., Strippelmann p. 18. 22. 25 sg., Brinz 1ª ediz. p. 677. 678. 679, 2ª ediz. II § 399 nota 15, Unger loc. cit. nota 14. 17, Buchka e Budde, *Decisioni del Trib. Sup. d'app. di Rostock* II Nr. 46; Seuffert § 572 in f. Sintenis not. 15, Schäffer, *Arch. per la GP. prat.* V p. 238 sg. Seuff., *Arch.* IX. 50, XXV. 247.

(12) L. 22 cit. § 11. Mühlenbruch p. 366, Strippelmann p. 18.

(13) L. 22 cit. § 9. Tale soddisfacimento egli può naturalmente prenderlo dall'eredità stessa, ed egli conserva ciò che ha preso per suo soddisfacimento secondo gli stessi principî, a stregua dei quali un creditore estraneo conserva ciò che gli è stato pagato. Mühlenbruch p. 371 sg.

deve naturalmente versare nella massa ciò di cui era debitore verso l'ereditando[14]. L'erede può inoltre detrarre le spese della confezione dell'inventario, come pure le altre spese necessarie dell'eredità, p. es. quelle per la sepoltura dell'ereditando e per l'apertura del testamento[15].

4. Coll'impetrare un termine a deliberare, l'erede decade dal benefizio dell'inventario; egli allora, se diventa erede, deve, ad onta della confezione d'un inventario, pagare i debiti ereditari pel loro pieno importo[16]. Ciò non ostante egli deve anche in questo caso formare un inventario, sotto pena, per il caso in cui diventi erede[17], di dover pienamente soddisfare i legatari[18]; per il caso in cui non diventi erede, che i creditori, o chiunque altri cui debba allora restituirsi l'eredità, possano determinare la consistenza dell'eredità col loro giuramento[19].

---

(14) La legge non lo dice espressamente; ma è la naturale conseguenza della conservazione dei crediti. In egual maniera devono restar saldi i diritti reali, a favore come a carico dell'erede, che in sè e per sè si sarebbero estinti per *confusio*. Cfr. pure Mühlenbruch p. 380 sg., Strippelmann p. 19 sg. — Ma se in questa maniera sono esclusi gli effetti della *confusio*, non si può andar tanto oltre da dire, che l'eredità resti affatto estranea all'erede, non diventi suo patrimonio. Ciò è contraddetto già da che la legge dà espressamente all'erede la facoltà d'alienare le cose ereditarie a scopo di soddisfare le ragioni contro l'eredità e che essa non concede neppure ai creditori con pegno di ripetere dagli acquirenti le cose alienate, § 4. 5. 6. 8 leg. cit., cfr. I, § 249 Num. 3. Mühlenbruch p. 372 seg. Seuff., *Arch.* XIX, 168 Nr. 3, XXVI, 252, XXVIII. 146.

(15) L. 22 cit. § 9. Mühlenbruch p. 365. 366.

(16) L. 22 cit. § 14. Mühlenbruch p. 386 sg.

(17) Egli diventa però anche erede se non rinuncia nel termine, l. 22 cit. § 14 (§ 598 alla nota 7).

(18) Giusta la l. 22 cit. § 14 egli non può detrarre ad essi la quarta falcidia, secondo la Nov. 1 c. 2 egli deve soddisfarli anche al di là della consistenza dell'eredità, e ciò vige anche per i soldati. Mühlenbruch p. 415 sg. Fritz, *Arch. per la prat. civ.* XII, p. 229 sg. Può l'erede ritenere la sua legittima? Per la negativa *Trib. dell'Imp.* XXII p. 187.

(19) Nel che però compete al giudice una facoltà di apprezzamento L. 22 § 14 cit. Mühlenbruch p. 384 sg.

B. *Benefizio della separazione dei patrimoni* (Gütertrennung)*.

§ 607.

Come il benefizio dell'inventario è destinato a proteggere l'erede di fronte all'eredità oberata, così il benefizio della separazione dei patrimoni è destinato a proteggere coloro che hanno ragione di assegnamento sull'eredità, creditori o legatari, di fronte all'erede oberato. I creditori e i legatari possono cioè esigere[1], che l'eredità venga anzitutto impiegata esclusivamente nel loro soddisfacimento, e soltanto il sopravanzo sia dato ai creditori dell'erede[2]; ma essi devono a questo scopo ottenere un provvedimento giudiziale[3]. Le alienazioni, che l'erede compia dopo questo

(*) Dig. 42. 6 *de separationibus*. Cfr. Heimbach, *Diz. G.* I p. 917 sg., Sintenis III § 186, Brinz 1ª ediz., § 157, 2ª ediz. II § 398, Unger § 41. Ubbelohde, *Arch. per la prat. civ.* LXI p 63 sg. Köppen, *Tratt.* I § 35. Hofmann, *Riv. di Grünhut* VIII p. 555 sg. (cfr. § 606 *). Heuler, *La dottrina del beneficium separationis bonorum*, diss. di Erlangen (1890), Oertmann, *Il ben. separationis nel dir. rom. ed attuale, Riv. di Grünhut* XVII, p. 257 sg. (1890) (lavoro profondo), [Bertheau, *Il dir. di separazione dei creditori della eredità*, dissertaz. di Gottinga (1891), Oertmann, *Separation und Absonderung* (sepazione), *Ann. per la dogm.* XXXIV p. 87 sg. (1895). Boden, *Il ben. separationis dei creditori sotto l'ord. di proc. civ. dell'imp. e l'ord. concors. dell'imp.*, diss. di Kiel (1896). Graumann, *Responsabilità dell'erede non beneficiato verso i cred. ered. separatisti*, diss. di Erlangen (1896). Baviera, *Storia e teoria della s. b. nel d. r.* Roma 1899].

(1) Ed invero già secondo il diritto del Digesto. § 607.

(2) L. 1 § 1 l. 6 pr. *h. t.*

(3) L. 1 pr. § 14 *h. t.*, l. 2 C. *de bon. auct. iud.* 7. 72. Che l'erede sia in stato di concorso, non è condizione del benefizio della separazione dei beni, neppure si richiede la prova che l'erede sia oberato. Seuff., *Arch.* II. 312, XII. 173, XV. 37. Però la sentenza menzionata per ultima (Trib. Sup. d'app. di Rostock) esige la prova che l'erede in genere abbia debiti. Cfr. anche Brinz § 398 nota 2. — Nè maggiormente è richiesto, che l'eredità sia oberata. Se ad un tempo essa ed il patrimonio dell'erede sono oberati, si apre sopra di essa accanto al concorso universale un concorso particolare. Cfr. II § 272 Num. 2. *Ord. sul conc.* § 43. 202 sg. [214 sg.]. — Infondata è l'opinione, che nell'adizione

provvedimento, non sono invero nulle[4], ma impugnabili[5]. La separazione non può più essere richiesta: *a*) se ed in quanto l'erede in buona fede ha alienato o confuso col suo patrimonio l'eredità[6]; *b*) se ed in quanto i creditori hanno espressamente o tacitamente dichiarato di volersi attenere alla persona dell'erede[7]; *c*) dopo la decorrenza di cinque anni[8]. Per la morte dell'erede non è escluso il benefizio della separazione[9]. Se l'eredità non basta al soddisfacimento dei creditori, non è ad essi vietato di rivolgersi anche contro il patrimonio dell'erede[10], però soltanto per il sopravanzo, che resta dopo soddisfatti i creditori dell'erede[11].

---

cum beneficio inventarii stia ad un tempo una separazione dell'eredità a favore dei creditori dell'eredità e dei legatari. L'adizione *cum beneficio inventarii* opera soltanto a favore dell'erede; essa fa sì che egli non risponda verso i creditori che fino a concorrenza dell'eredità. Ma essa non rende ad un tempo l'eredità mezzo esclusivo di soddisfacimento dei creditori dell'eredità. Cfr. Fritz, *Arch. per la prat. civ.* XII p. 240 sg., Mühlenbruch XLI p. 378 sg., Arndts, *Diz. G.* IV p. 20 sg., Sintenis loc. cit. nota 4.

(4) Anzi (secondo il diritto romano) neppure è nulla l'alienazione dopo aperto il concorso. V. pure l. 1 § 3 D. *h. t.*, ove invero si dice, che il creditore dell'eredità precede colui al quale l'erede ha data a pegno una cosa ereditaria, ma non, che costui non abbia un diritto di pegno.

(5) L. 2 *h. t.* Secondo questo passo è impugnabile persino l'alienazione fatta prima della separazione, « *si... fraudis incurrat suspicio. Nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent* ».

(6) L. 1 § 12 l. 2 D. *h. t.*

(7) Una tacita dichiarazione di questa specie sta p. es. nella accettazione di interessi, d'un pegno, d'una malleveria. L. 1 § 10. 11. 15. 16 l. 7 *h. t.*, l. 2 C. *de bon. auct. iud.* 7. 72.

(8) L. 1 § 13 *h. t.*

(9) L. 1 § 7. 8 *h. t.*

(10) A questo riguardo si contraddicono le fonti. La massima stabilita nel testo è affermata nella l. 3 § 2 *h. t.*. il contrario dice la l. 5 *h. t.*, v. pure la l. 1 § 17 *h. t.* Una conciliazione di questi passi non mi pare possibile (cfr. del resto Mayer § 123 nota 4); essi si distruggono quindi reciprocamente. Per tal modo noi riguardo alla presente questione non abbiamo nelle fonti una decisione regolatrice, e dobbiamo arrestarci a ciò, che l'erede mediante l'adizione è diventato pur sempre debitore dei creditori dell'eredità. Di div. op. Arndts § 524 not. 3, Hofmann op. cit. p. 574 sg., Brinz III § 398 nota 15, Dernburg III § 170 n° 5, Oertmann, *Riv. di Grünhut* p. 316-323.

(11) Ciò dice anche la l. 3 § 2 cit. — Però i creditori dell'eredità possono

Un diritto, eguale a quello dei creditori dell'eredità relativamente all'eredità, non compete ai creditori dell'erede relativamente al patrimonio dell'erede[12].

III. Rapporto giuridico fra coeredi.

A. *Divisione dell'eredità* *.

§ 608.

Più eredi hanno l'eredità in comune[1] per frazioni[1a]. Si fa cessare questa comunione mediante la divisione. Essa può compiersi per contratto[2]. Ma può anche richiedersi per via di azione[3], sia che un erede si opponga alla divi-

---

conseguire la restituzione in intero « *iustissima scilicet ignorantiae causa allegata* », l. 1 § 17 *h. t.* Cfr. I § 118 nota 7.

(12) L. 1 § 2 *h. t.* — « *nam licet alicui adiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem condicionem* ». Cfr. l. 1 § 5. 6 l. 6 § 1 *h. t.*

(*) Dig. 10. 2 Cod. 3. 36 *familiae erciscundae.* Cod. 3. 38 *communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo.* Glück XI p. 1-118. Köppen, *Trattato* p. 221-246. Heimbach, *Diz. G.* III p. 847-856. Sintenis III § 188, Brinz 1ª ediz. § 166-168. 2ª ediz. II § 407. 408. Unger § 43. 44.

(1) I coeredi stanno in una *communio* come i comproprietari; come questi hanno comune una cosa corporale, così quelli una cosa incorporale. V. p. es. l. 31 D. *pro socio* 17. 2: — « *cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata..., aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit...* ». L. 1 pr. D. *h. t.* (nota 3), l. 51 § 1 l. 54. 57 D. *h. t.* L. 4 pr. D. *comm. div.* 10. 3. « *Per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis* ». § 608.

(1 *a*) Cfr. § 528 nota 5. — Ad un coerede non nato il diritto romano assegna provvisoriamente tre parti, supponendo che eventualmente possano nascere dei trigemini. L. 3. 4 D. *si pars her.* 5. 4, l. 7 pr. D. *de reb. dub.* 34. 5, l. 36 D. *de solut.* 46. 3.

(2) V. p. es. l. 57 D. *h. t.*, l. 1. 15. 17 C. *h. t.* (3. 36), l. 35 D. *de pact.* 2. 14.

(3) *Actio familiae erciscundae.* L. 1 pr. D. *h. t.* « *Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum: namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur* ». L. 2 pr. D. *h. t.* « *Per familiae erciscundae actionem dividitur hereditas...* ». L'etimologia di *ercisci* è controversa, e neppure l'ortografia è sicura (*hercisci*). Cfr. però *l. Rubria* c. 23, *Festus s.* vv. *erciscundae, erctum citumque, inercta*, e da una parte v. Bugge nei *Nuovi Ann. di Fleckeisen per la filologia* 1872 p. 94 sg., dall'altra parte Corssen, *Contributi critici alla*

siene[4] o che gli eredi non si possano mettere d'accordo sulle modalità della divisione, sia che gli eredi, pur non essendovi controversia, affidino al giudice l'esecuzione della divisione[5]. Ma in tutti questi casi la missione del giudice della divisione è non solamente la divisione in senso stretto, bensì lo sceverare completamente gli interessi degli eredi.

1. Massa dividenda è tutto[5a] ciò che appartiene alla eredità[6]; ad eccezione *a*) dei crediti e debiti, i quali per regola di legge sono già di per sè divisi[7]. Però questa eccezione non va intesa nel senso, che al giudice della divisione sia vietato di far rientrare crediti e debiti nel procedimento di divisione e di assegnarli, a scopo di conguaglio o per altre ragioni, ad alcuno degli eredi solamente[8]. Una tale assegnazione opera come cessione e come

---

teoria delle forme latine [*kritische Beiträge zur lateinischen Formenlehre*] p. 39 e *Contributi alla cognizione della glottologia italica* [*Beiträge zur italischen Sprachkunde*] p. 113.

(4) Il coerede è obbligato alla divisione come vi è obbligato il partecipe di qualunque comunione (nota 20). L. 5 C. *comm. div.* 3. 37. « *In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri* ». Il contratto o il divieto del testatore non può distruggere questa obbligazione, ma soltanto differirne l'adempimento. *Arg.* l. 14 § 2. 3 D. *comm. div.* 10. 3. Cfr. II § 449 nota 12-14.

(5) Vige qui lo stesso come per la comunione d'una cosa corporale. Cfr. II § 449 nota 15. 16 e quelli ivi citati. Unger § 44 not. 4. Seuff., *Arch.* XXI. 53. Cfr. del resto anche Köppen op. cit. p. 225-227.

(5*a*) L. 25 § 20 D. *h. t.* « *Iudex familiae erciscundae nihil debet indivisum relinquere* ». Paul. *Sentent.* I. 18 § 2. V. pure l. 16 pr. l. 31 D. *h. t.*

(6) L. 9-16 pr. § 3 l. 22 pr. l. 53. 56 D. *h. t.*, l. 9 C. *h. t.* (3. 36); l. 25 § 7. 8 l, 45 pr. D, *h. t.*; l. 14 pr. l. 54 D. *h. t.* — La pratica, secondo l'analogia della l. 22 § 10 C. *de iure del.* 6. 30, esige da quei coeredi, che furono in condizione di prendersi qualche cosa dell'eredità, il giuramento di manifestazione. Glück p. 35. Seuff., *Arch.* II. 233, VIII. 190, XII. 212. 346, XV. 261, XVI. 126, XX. 148, XXIV. 290, XXVII. 72.

(7) L. 6 C. *h. t.* (3. 36). « *Ea quae in nominibus sunt non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sint* ». L. 4 pr. l. 25 § 1. 9. 13 D. *h. t.*, l. 9 C. *comm. utriusque iud.* 3. 38.

(8) L. 3 D. *h. t.* « *Plane ad officium iudicis nonnunquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido aliis alia adtribuat, quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet...* ». L. 2 § 5 *eod.*, l. 20 § 3. 5 *eod.* [Assunzione convenzionale dei debiti nei contratti di divisione ereditaria. Trib. dell'Imp. *Sent.* XLIII p. 181 sg.].

assunzione di debito[9]. È inoltre escluso dalla divisione *b*) ciò che già in altra maniera è diviso fra gli eredi[10]; *c*) ciò che per sua natura è indivisibile[11]; *d*) ciò che per sua destinazione deve restare indiviso[12]; *e*) le cose proibite e le cose acquistate per via delittuosa[13]. — D'altra parte in certe circostanze gli eredi debbono apportare alla divisione anche parti del loro proprio patrimonio; di ciò si tratterà particolarmente nel seguente §.

2. Il rapporto di divisione si determina naturalmente anzitutto secondo le quote degli eredi. Ma può essere, che ad un erede competano in soprappiù certi elementi o certi valori dell'eredità, per regola di legge[14] od in forza di legato dell'ereditando[15].

3. Nella esecuzione della divisione il giudice dividente deve prendere in considerazione le prescrizioni del testatore e gli accordi delle parti[16], nel resto però egli deve

---

(9) Cfr. II § 330 Num. 2 § 338 nota 9. La l. 3 cit. prosegue: « *Nec tamen scilicet haec adtributio illud efficit, ut quis solus totum debeat vel totum alicui soli debeatur; sed ut, sive agendum sit, partim suo partim procuratorio nomine agat, sive cum eo agatur, partim suo partim procuratorio nomine conveniatur. Nam licet libera potestas esse maneat creditoribus cum singulis experiundi, tamen et his libera potestas est suo nomine substituendi eos, in quos onera actionis officio iudicis translata sunt* ». Secondo il diritto odierno l'assegnazione giudiziale del debito come tale (presupposto il consenso del creditore) rende debitore il coerede, al quale esso è stata fatta (II § 338 nota 9). Cfr. pure l. 1 C. de *exc.* 8. 35 [36].

(10) L. 1 C. *h. t.* (3. 36) (contratto), l. 44 pr. D. *h. t.* (*actio communi dividundo*). Seuff., *Arch.* IV. 39, XIII. 222.

(11) Cfr. l. 25 § 9. 10 D. *h. t.* Sul trattamento dei pegni v. I § 226 nota 3. § 233*a* nota 1.

(12) L. 4 § 3 l. 5. 6 D. *h. t.* (il testamento ed altre carte della eredità), l. 30 D. *h. t.*, l. 4 C. *de relig.* 3. 44 (sepolcri).

(13) L. 4 § 1. 2 D. *h. t.*

(14) Così la dote, che è stata data all'avente potestà per il figlio sottoposto alla potestà, II § 493 nota 1. V. inoltre § 572 nota 9, anche in seguito nota 27.

(15) L. 4 pr. l. 22 § 1 l. 25 § 22 l. 26. 28 D. *h. t.*, l. 7 C. *h. t.* (3. 36), l. 17 § 2 D. *de leg.* I° 30. V. pure nota 16 sotto alla lett. *a*.

(16) Quanto alle prescrizioni del testatore, bisogna distinguere: *a*) quelle per cui determinati elementi dell'eredità vengono assegnati a determinati eredi. Tali prescrizioni in realtà costituiscono legati e devono come tali essere adem-

dividere nel modo che crede più conforme agli interessi ben intesi delle parti[17].

4. Allo sceveramento degli interessi degli eredi appartiene, oltre alla divisione del patrimonio ereditario, l'esaurimento delle ragioni personali, che per la comunione ereditaria sono sorte fra i coeredi[18]. La comunione ereditaria costituisce fra i coeredi un rapporto obbligatorio, il cui contenuto, come il contenuto del rapporto obbligatorio costituito fra i comproprietari dalla comunione di cose, in generale sottostà al libero apprezzamento del giudice[19], ma che nel particolare s'appalesa efficace in ciò[20], che ogni coerede è obbligato a rifondere all'altro:

---

piute, ma, come tutti i legati, soltanto salva la quarta falcidia e la legittima. L. 20 § 3. 5. 8 l. 32. 33 D. *h. t.*, l. 10. 16. 21 C. *h. t.* (3. 36), l. 8 pr. C. *de inoff. test.* 3. 28. Cfr. Mühlenbruch, *Cont. del Glück* XLII p. 152 sg., Fein, *Ib.* XLV p. 227 sg., Seuff., *Arch.* XXXVI. 49. — *b*) Prescrizioni sulle modalità della divisione in generale, che p. es. debba o non debba aver luogo la vendita al pubblico incanto. Neppure a tali prescrizioni il giudice della divisione potrà arbitrariamente passar sopra; ma gli eredi non hanno diritto di costringerlo ad osservarle, se non le ritiene acconcie. — Accordi delle parti: l. 3. § 1 D. *comm. div.* 10. 3, cfr. l. 2i *eod.*

(17) Cfr. l. 4 § 1 D. *h. t.*: — « *boni... et innocentis viri officio eum fungi oportet* ». L. 21 D. *comm. div.* 10. 3. « *Iudicem in praediis dividundis quod omnibus utilissimum est... sequi convenit* ». In particolare il giudice della divisione, qui, come nella divisione di cose, può partire materialmente gli oggetti da dividersi, od assegnarli solamente ad un coerede contro indennizzo dell'altro, od ordinarne la pubblica subasta. Egli può anche costituire sulle cose dell'eredità servitù e diritti di pegno. L. 1 pr. l. 22 § 1. 2 l. 25 § 6 l. 30 l. 47 pr. l. 52 § 2 l. 55 D. *h. t.*, § 4 I. *de off. iud.* 4. 17; l. 16 § 1 l. 22 § 3 D. *h. t.*, l. 6 § 1 D. *de usuf.* 7. 1; l. 14 § 1 l. 16 pr. § 2 D. *h. t.*; l. 29 D. *h. t.* Glück p. 40-41. 51 sg. 74 sg. Seuff., *Arch.* I. 98, XI. 60. — Ragione del coerede per il caso, che ciò che gli è assegnato si riveli appartenente ad altri: l. 25 § 21 D. *h. t.*, v. però anche II § 449 nota 24, § 392 nota 3.

(18) L. 22 § 4 D. *h. t.* « *Familiae erciscundae iudicium ex duobus constat, id est rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones* ». Può avvenire che il giudice della divisione abbia da occuparsi semplicemente di queste ragioni personali, quando cioè l'eredità è già altrimenti divisa, o le parti non disputano sulla divisione. L. 44 pr. D. *h. t.* Seuff., *Arch.* XXIV. 133, XXXI. 153.

(19) L'*actio familiae erciscundae* è *bonae fidei*, come l'*actio communi dividundo*, L. 9 C. *h. t.*, § 28 I. *de act.* 4. 6.

(20) Altri lati di questo rapporto di obbligazione sono già stati rilevati in

a) quanto questi nell'interesse dell'eredità, o come erede nell'interesse del coerede, ha sacrificato del suo patrimonio[21]; *b*) quanto il coerede ha importato nel suo patrimonio dall'eredità, o come erede dal patrimonio del coerede[22]; *c*) ciò di cui egli per sua colpa ha danneggiata l'eredità, o come erede il patrimonio del coerede[23]. Colpa è anche la negligenza, però soltanto quella, che si suole evitare nelle proprie emergenze[24]. Per le future obbligazioni di questa specie può richiedersi cauzione[25] o può il coerede essere costretto a non opporsi a quei fatti, per cui si

---

altri ordini d'idee: l'obbligazione alla divisione (nota 4), l'obbligazione alla collazione (testo Num. 1 in f.). V. pure l. 51 pr. D. 10. 2. — [Resa di conti, giuramento di manifestazione: Seuff. 4. 98]. — La comunione ereditaria non genera una nuova obbligazione alla prestazione di ciò che è dovuto all'ereditando o dall'ereditando. L. 51 § 1. i. f. D. *h. t.* Cfr. Seuff., *Arch.* XIX. 171, XXIV. 134 Nr. 2. 3.

(21) In generale: l. 18 § 1 C. *h. t.* (3. 36). « *In communi... hereditate quin sumptus ab uno facti bona fide familiae erciscundae iudicio... servari possint, non est ambiguum* ». L. 18 § 3 D. *h. t.*, § 3. 4 I. *de obl. quasi ex contr.* 3. 27. In particolare: *a*) un coerede mediante un sacrifizio da lui fatto consegue la conservazione della intera eredità, l. 39 pr. D. *h. t.*, o d'una singola cosa ereditaria, p. es. col pagamento d'un debito ereditario, la conservazione della cosa impegnata pel debito, l. 18 § 7 l. 25 § 14 l. 31 D. *h. t.*, l. 18 § 4 *eod.* (dello schiavo, dal cui delitto è sorto il debito, l. 25 § 15 D. *h. t.*); un coerede col pagamento di un debito ereditario libera l'eredità da un usufrutto, l. 44 § 7 D. *h. t.*, col pagamento dei legati, dal compossesso dei legatari, l. 18 § 6 l. 25 § 15 D. *h. t.*; un coerede tutela l'eredità contro il sorgere d'una obbligazione, l. 25 § 13 D. *h. t.*, ottiene per essa il sorgere d'un credito, l. 78 § 2 D. *de contr. emt.* 18. 1. — *b*) Un coerede adempie ad una obbligazione ereditaria indivisibile l. 25 § 10. 11 l. 44 § 8 l. 49 D. *h. t.*, l. 11 § 23. 24 D. *de leg.* III° 32, cfr. l. 18 § 2 D. *h. t.*; un coerede adempie intieramente, come se fosse debitore egli stesso, una obbligazione ereditaria divisibile, l. 20 § 1. 6. 7 l. 25 § 19 D. *h. t.*, l. 13 C. *h. t.*, l. 38 pr. D. *de cond. ind.* 12. 6. Cfr. pure II § 449 nota 10. 11. Seuff., *Arch.* XXIV. 134 Nr. 1. 3.

(22) L. 19. 56 D. *h. t.*, l. 9 C. *h. t.* (3. 36), § 3. 4 I. *de obl. quasi ex contr.* 3. 27, § 4 I. *de off. iud.* 4. 17, cfr. l. 44 § 3 D. *h. t.* Cfr. pure II § 449 note 5. 6.

(23) L. 16 § 4. 5 l. 17 D. *h. t.*, l. 3. 19 C. *h. t.* (3. 36), § 4 I. *de off. iud.* 4. 17; l. 25 § 18 D. *h. t.*; l. 25 § 12. 13 D. *h. t.*, l. 44 § 5 *eod.*, l. 5 § 4 l. 85 § 3 D. *de V. O.* 45. 1; l. 25 § 17 D. *h. t.*, l. 8 D. *de nox. act.* 9. 4.

(24) L. 25 § 16 D. *h. t.* Cfr. pure l. 45 § 1 D. *h. t.*

(25) L. 19 l. 25 § 10. 13 D. *h. t.*

eviti il sorgere d'una tale obbligazione a carico suo[26]; o può essere aggiudicato subito sulla eredità a favore di chi eventualmente vi avrebbe diritto ciò che eventualmente potrebbe essere dovuto[27]. — In quanto le ragioni qui menzionate siano fondate anche secondo un altro punto di vista giuridico, esse naturalmente possono farsi valere non solo ad occasione della divisione dell'eredità, ma anche in via autonoma[28].

5. La divisione giudiziale dell'eredità non deve necessariamente avvenire fra tutti i coeredi[29]. — Per sua natura essa ha luogo soltanto una volta; una volta che essa ha avuto luogo, relativamente a ciò, che per avventura è rimasto ancora indiviso, non ha più luogo divisione d'eredità, ma soltanto ancora divisione di cose[30]. — Se ad una delle parti l'avversario contesti la qualità di coerede, il giudice deve anzitutto giudicare sovr'essa. Ma al riguardo chi propone l'impugnativa, ove sia nel possesso esclusivo dell'eredità, può esigere di non essere trattato più sfavorevolmente di quanto egli lo sarebbe stato, se si fosse contro di lui proposta semplicemente l'azione alla restituzione dell'eredità[31]. — Se ad una persona, che non ha

---

(26) L. 18 § 2. 4 l. 44 § 7 D. *h. t.*

(27) L. 20 § 1. 8 D. *h. t.*

(28) Può essere fondata p. es. *actio communi dividundo, negotiorum gestorum, legis Aquiliae, furti, etc.* Cfr. p. es. l. 16 § 4. 5 D. *h. t.*, l. 18 § 1 C. *h. t.* (3. 36), l. 3 C. *de neg. gest.* 2. 18 [19], l. 8 D. *de nox. act.* 9. 4.

(29) L. 2 § 4 D. *h. t.*, l. 17 C. *h. t.* (3. 36). Cfr. l'articolo di Zimmermann citato II § 449 nota 26, anche Vangerow II § 514 Nr. 2. Köppen op. cit. p. 238 sg. Seuff., *Arch.* IX. 190 Nr. 1, XLIV. 117 [LI. 188]. — D'altra parte nulla s'oppone a che nello stesso procedimento di divisione vengano riunite più eredità comuni alle parti, quando pure in una delle stesse vi entri anche un altro coerede. L. 25 § 3. 4 D. *h. t.*, cfr. Vangerow II § 514 Nr. 5 e quelli ivi citati.

(30) L. 20 § 4 D. *h. t.* Paul. *Sentent.* I. 18 § 1. Però restano riservati i casi straordinari, l. 20 § 4 cit.: — « *nisi causa cognita* ». [Seuff., *Arch.*, LI. 188]

(31) Effettivamente in questo caso coll'*actio familiae erciscundae* si combina la *hereditatis petitio*. Secondo il diritto romano in questo caso il convenuto poteva esigere, che prima venisse esperita la *hereditatis petitio* come azione a

qualità ereditaria, questa è stata erroneamente attribuita, la sentenza è nulla[32].

La divisione d'eredità, giudiziale o convenzionale, può impugnarsi solo in base a ragioni generali[33].

B. *L'obbligo della collazione*[*].

1. Introduzione.

§ 609.

In certi casi l'erede, che vuol avere la sua parte dell'eredità, deve lasciare che i suoi coeredi partecipino ad

---

sè; egli poteva respingere intieramente l'attore colla *exceptio* (*praescriptio*) *si* (*quod*) *in ea re praeiudicium hereditati non fiat.* L. 1 § 1 D. *h. t.* Cfr. su questa eccezione in genere § 616 Num. 1. Qui vien meno il riguardo « *ne possessor singulis iudiciis vexaretur* » (§ 616 nota 1); così si ottiene il risultato che è nel testo. Cfr. Sintenis III § 188 not. 2, Unger § 44 not. 6, Planck, *Riv. crit. trim.* XI p. 190. Seuff., *Arch.* IV. 152, XXV. 141.

(32) L. 36 D. *h. t.* Colui al quale erroneamente è stata attribuita la qualità di erede, non può di fronte ad una *hereditatis petitio* da proporsi allora contro di lui, richiamarsi a ciò, che egli anteriormente sia stato riconosciuto come erede. Ciò dice la l. 37 D. *h. t.* secondo la lezione fiorentina. « *Qui familiae erciscundae iudicio agit, non confitetur adversarium sibi esse coheredem* ». Se in base ai Basilici si cancella il *non*, il frammento ha il senso, che non si possa allo stesso tempo proporre l'azione di divisione d'eredità e contrastare all'avversario la qualità di coerede. Cfr. Vangerow II § 514 Nr. 4 e gli ivi citati. [Pape, *Divisione fra pretesi eredi* (Theilung unter vermeintlichen Erben). Dissert. inaugurale di Gottinga, 1894].

(33) Vale anche per la divisione d'eredità quanto si è detto alla nota 25 del § 449 vol. II.

(*) Dig. 37. 6 *de collatione bonorum*, 37. 7 *de dotis collatione*. Cod. 6. 20 *de collationibus*. — Pfitzer, *Sulla collazione dei discendenti* (ueber die Collation der Descendenten), 1807 (cfr. su questo scritto il giudizio di Fein nello scritto che si menzionerà or ora p. VI. XVI. XVII). Kämmerer, *Sulla collazione della dote fino alla costituzione dell'imperatore Gordiano, contributi alla storia ed alla teoria del diritto romano* [über die Collation der Dos bis zur Verordnung des Kaisers Gordian, Beiträge zur Geschichte und Theorie des römischen Rechts] Nr. 7 (1817). Francke, *Tratti fondamentali della teoria della collazione, Dissertazioni di d. civile* [Grundzüge der Lehre von der Collation, civil. Abhandlungen] Nr. 4 (1826). Arndts, *Diz. G.* III p. 809-848 (1841). Fein, *Il diritto della collazione* (das Recht der Collation) 1842 (l'opera

alcuni elementi del suo patrimonio; si dice che egli è obbligato alla collazione (all'apporto)[1].

La collazione è in generale destinata a rimuovere una non equa disparità che altrimenti esisterebbe fra i coeredi; nei particolari il suo svolgimento in diritto romano palesa diversi concetti fondamentali.

1. Il caso più antico dell'obbligo di collazione nel diritto romano è quello degli emancipati[2], che pervengono alla successione ereditaria accanto ad altri discendenti rimasti nella potestà. Quando il pretore romano concedette agli emancipati un diritto d'eredità *ab intestato* e necessario, come quello dei discendenti rimasti nella potestà, egli prese a considerare, che d'altra parte quelli avrebbero

---

principale sulla collazione; su questa v. d. Pfordten negli *Ann. di Richter* VIII p. 865 sg.). Ad. Schmidt (d'Ilmenau), *Il principio della collazione pretoria, Ann. del d. com.* IV p. 110 sg. (1860). Lo st., *Il diritto formale degli eredi necessari* [das formelle Recht der Notherben] p. 106-125 (1862). Zimmermann, *Per la revisione della teoria della collazione, Arch. per la prat. civ.* LI p. 389 sg. (1868). Leist, *Cont. di Glück.* Serie dei libri 37 e 38 III p. 201-494 (1875). Köhler, *Riv. pel diritto civ. franc.* VII p. 365 sg. (1876. — Ristampato nelle *Dissertazioni riunite* I p. 224 sg.). Rosshirt, *Introduzione al diritto ereditario* p. 414-444. *Diritto ereditario testamentario* II p. 201-221, Mayer § 124-128, Vering p. 559 sg., 651 sg., Köppen, *Sistema* p. 246 sg. [*Trattato* § 41-43], Keller *Istituzioni* p. 313 sg., Vangerow II § 515. 516. Sintenis III § 189, Brinz 1ª ediz. § 169-172. 2ª ediz. II § 409-411, Unger § 45-47. Dernburg III § 139-141.

§ 609. (1) Si rende bensì l'espressione romana *conferre, collatio* colla espressione tedesca « *Einwerfen* » (versare). Ma l'espressione non mi pare commendevole. Poichè essa dà al concetto l'erroneo colore, che quanto dee conferirsi debba anzitutto riunirsi alla massa totale dividenda, e soltanto a traverso questa venir portato ai coeredi; il che, come è pacifico, non è esatto. Sicuramente le fonti parlano di *in commune conferre, in medium conferre*, v. p. es. l. 1 pr. § 16 D. *h. t.* (*de collatione bonorum* 37. 6), l. 4. 21 C. *h. t.*, v. pure l. 17. 19 C. *h. t.*; ma esse dicono pure, ed invero più spesso, *fratri etc. conferre*, anzi *sibi conferre*, v. p. es. l. 1 § 24 D. *h. t.*, l. 1 § 16 D. *de coniung.* 37. 8, e nella l. 3 § 2 D. *h. t.* viene espressamente respinta una conseguenza del concetto dello *in medium conferre*. Mi pare che l'espressione « *Beibringen* » (apportare), che è una traduzione diretta dell'espressione romana, soddisfaccia ad ogni esigenza.

(2) E degli equiparati ad essi. Cfr. § 577 nota 2. L. 1 § 14 l. 5 pr. D. *h. t.*, l. 2 D. *de dot. coll.* 37. 7; l. 5 pr. D. *h. t.* l. 4 D. *de coniung.* 37. 8, l. 6 D. *si tab. test. nullae* 38. 6; Coll. XVI. 7 § 2. V. pure l. 19 C. *h. t.*

avuto di fronte a questi un non equo vantaggio, se avessero potuto ritenere per sè il patrimonio acquistato dopo l'emancipazione, mentre i loro coeredi avrebbero fatto tutti gli acquisti per conto dell'ereditando, e quindi della eredità[3]. Però il pretore non ha attuato questo pensiero nella sua astratta generalità: egli non ha imposto agli emancipati l'obbligo della collazione incondizionatamente, ma soltanto per il caso ed in quanto essi prendano qualche cosa ai discendenti rimasti nella potestà[4]. — Gli emancipati per parte loro non solo non hanno alcuna ragione alla collazione, ma neppure in caso di collazione vengono computati come eredi, per modo che i discendenti aventi diritto alla collazione ricevono tanto di più[5].

2. L'obbligo della collazione dell'emancipato è stato esteso alla figlia rimasta nella potestà rispetto alla sua dote, che essa, secondo la regola del diritto civile, non

---

(3) L. 1 pr. D. *h. t.*, « *Hic titulus manifestam habet aequitatem. Cum enim praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, paternorum bonorum: consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna* ». Coll. XVI. 7 § 2: — « *aequissimum putavit, neque eos bonis paternis carere per hoc quod non sunt in potestate, neque praecipua bona propria habere, cum partem sint ablaturi suis heredibus* ». L. 20 § 1 D. *de B. P. c. t.* 37. 4. Nessuna collazione in caso di chiamata testamentaria: l. 1. 9 C. *h. t.*

(4) Pel caso ed in quanto essi col diventar eredi arrechino loro una « *iniuria* », un « *incommodum* », l. 10 D. *h. t.*, l. 13 D. *de coniung.* 37. 8, l. 1 § 5 D. *h. t.* Quindi non sono tenuti a conferire: *a*) ai *sui* d'un altro stipite, l. 1 § 3 i. f. l. 3 § 6 i. f. l. 9 D. *h. t.*, l. 1 § 2 D. *de dote coll.* 37. 7, l. 1 § 13. 17 D. *de coniung.* 37. 8; — *b*) ai *sui* diseredati, ai quali essi procacciano ingresso all'eredità con ciò, che l'istituito non adisce per timore della loro *bonorum possessio contra tabulas* l. 20 § 1 D. *de B. P. c. t.* 37. 4; — *c*) ai *sui* istituiti, ai quali colla *bonorum possessio contra tabulas* da essi aperta procacciano più di quanto importa la loro quota d'istituzione, l. 1 § 4 D. *h. t.*, l. 3 D. *de dot. coll.* 37. 7, l. 20 § 1 D. *de B. P. c. t.* 37. 4; se la quota ereditaria dell'istituito *suus* nella *bonorum possessio contra tabulas* è minore della sua quota d'istituzione, essi sono tenuti a fargli il conferimento soltanto per la differenza, l. 1 § 3 D. *h. t.* — *d*) Nè maggiormente essi sono tenuti a conferire quando dal testamento hanno ricevuto tanto, quanto importa la loro quota ereditaria *ab intestato*, l. 1 § 6. 7 D. *h. t.*, l. 3 D. *de dot. coll.* 37. 7.

(5) L. 1 § 24 l. 2 § 5. 7 l. 3 § 2 D. *h. t.*

doveva dividere coi suoi fratelli[6]. Sul punto, se a questa collazione avessero ragione anche gli emancipati, disputavano i giuristi romani; l'imp. Gordiano decise, che dovesse a loro favore conferirsi la dote proveniente dal padre, non quella d'altra origine[7].

3. Secondo il diritto del posteriore periodo imperiale i discendenti come tali debbono conferire agli altri discendenti, coi quali succedono, certi elementi patrimoniali ricevuti dal comune ascendente nel tempo di sua vita[8]. Il concetto fondamentale di quest'obbligo di collazione è che non debba ritenersi che l'ereditando abbia colla liberalità fatta ad un discendente voluto dargli per il caso di futura successione un vantaggio sui suoi coeredi[8a].

Nel diritto Giustinianeo di questi diversi casi d'obbligo di collazione ha vigore soltanto ancora il terzo. L'obbligo di collazione degli emancipati è stato anzitutto assai limitato nella sua comprensione dalla mutazione del diritto relativamente alla capacità di diritto e d'acquisto dei discendenti soggetti alla potestà[9], poi è stato affatto eliminato

(6) V. Ulp. VI. 6 e gli altri passi citati alla nota 6 del § 499 vol. II. In particolare: *a*) la figlia deve conferire come tale, non solo la figlia emancipata, l. 1 pr. § 8 l. 5 pr. l. 9 D. *de dot. coll.* 37. 7, l. 4. 5. 8. 14. 16. C. *h. t.*; — *b*) non nella successione testamentaria, l. 3. 5 pr. D. *de dot. coll.* 37. 7, l. 4. 7 C. *h. t.*; — *c*) solamente a quelli, ai quali essa « *iniuriam facit* », ed in quanto essa fa ciò, l. 1 § 2 l. 3 l. 5 pr. D. *de dot. coll.* 37. 7. Cfr. pure Brinz 2ª ediz. II p. 286 sg.

(7) L. 4 C. *h. t.* Cfr. Schmidt, *Diritto degli eredi necessari* p. 124 nota 185, anche nota 178.

(8) Questa nuova collazione è stata introdotta dall'Imp. Leone nella l. 17 C. *h. t.* (a. 472), ed è stata ulteriormente elaborata da Giustiniano nelle l. 19. 20 C. *h. t.* e nella Nov. 18 c. 6.

(8*a*) Questo concetto fondamentale del resto si fa già sentire nella decisione dell'Imp. Gordiano menzionata nella precedente nota. Cfr. Fein p. 284 sg. (però anche Brinz 2ª ediz. II p. 290 nota 20). Cfr. inoltre nota 9 in f.

(9) Per l'indicata mutazione di diritto tutto si sottraeva alla collazione dell'emancipato ad eccezione: *a*) delle liberalità da parte dell'ereditando e *b*) dei frutti risparmiati sull'acquisto avventizio. L'eccezione posta alla lettera *b* non è generalmente riconosciuta (contro la stessa specialmente Mayer, *D. ereditario* I § 126 nota 11, Vangerow p. 385. 386, Leist p. 295 sg.), ed effettivamente noi non abbiamo per essa alcuna attestazione nella compilazione. Ma

dalla nuovissima legislazione di Giustiniano, che ha soppresso in via di principio ogni differenza nella successione legale fra i discendenti[10]. Per la mutazione prima indicata

---

essa segue dal principio, che sta a base della collazione dell'emancipato, come è poi anche riconosciuta nei Basilici (XLI. 7. 36). Leist loc. cit. allega che i frutti risparmiati sui beni avventizi sono diventati capitale, quindi alla loro volta beni avventizi anch'essi. Ma questa non è una prova. Poichè la questione è appunto, se anche l'aumento dei beni avventizi proveniente dal risparmio dei frutti si sia sottratto alla collazione. L'eccezione posta alla lett. *a* è espressamente riconosciuta nella l. 17 i. f. C. *h. t.* (sulla questione, se qui non sia da ritenere una interpolazione, cfr. Leist p. 267 sg. e gli scrittori ivi cit.). Ma in proposito fa difficoltà la massima, che la donazione fatta al figlio di famiglia dal padre, se non è revocata prima della morte di costui, resta al figlio di famiglia (II § 516 nota 17). Ma gli restava essa effettivamente anche in concorrenza con emancipati? Mi pare che la spiegazione più accettabile della assai discussa l. 17 C. *h. t.* sia pur sempre, che essa per l'indicato caso non neghi invero la convalidazione della donazione, ma bensì l'esenzione dall'obbligo di collazione. Questo è il concetto di Francke p. 228 sg.; ma in verità altri hanno opinioni assai divergenti. Cfr. Arndts p. 817 sg., Fein p. 126 sg.; Vangerow p. 383 sg., Schmidt p. 117 nota 161, Leist p. 257 sg. Caratteristico Brinz 2ª ediz. II p. 289.

(10) La collazione degli emancipati era una prestazione, colla quale persone, che propriamente non avevano alcuna ragione sulla eredità, dovevano di fronte ai veri eredi riscattare la partecipazione all'eredità. Dopo la Nov. 115 e la Nov. 118 i discendenti, come tutti gli altri eredi legittimi, si pareggiano perfettamente nel loro diritto ereditario, e perciò non può più farsi parola d'un prezzo, che uno debba pagare all'altro per la partecipazione all'eredità. È invero difficile ad ammettersi, che Giustiniano sia stato cosciente di questa conseguenza del suo nuovo ordinamento del diritto ereditario legittimo; ma se all'interpretazione in genere compete il diritto di dar valore ai pensieri non pensati del legislatore (I § 22), questo diritto nel caso presente trova secondo me un'indubitata applicazione. — L'argomento qui addotto non si può esprimere, come spesso avviene, così: che dopo la Nov. 118 non può più parlarsi della collazione degli emancipati pel motivo che questa legge ha dato loro un diritto ereditario civile invece del pretorio (nella qual forma l'argomento è stato attaccato da Francke p. 224 sg., Arndts p. 822 sg., Mayer § 124 nota 9). Non era la diversità della fonte giuridica, sulla quale il diritto ereditario degli emancipati si fondava, la causa della loro obbligazione alla collazione (vedi in contrario anche l. 11 C. *de leg. her.* 6. 58, l. 18 C. *h. t.*), ma il fatto che questa fonte giuridica (mentre non ne avrebbe avuta necessità, e mentre la legislazione imperiale non l'ha fatto quando accordò il diritto ereditario ai nipoti cognatizi in concorso dei *sui*) credette di dover accentuare, che il diritto ereditario dei nuovi chiamati propriamente non sussisteva, di dover accentuare che gli emancipati propriamente avevano perduto il loro diritto ereditario, e che essi quindi in

è ad un tempo stata soppressa la collazione della dote, in

---

ogni caso non potevano a loro profitto invocare il fatto, pel quale lo avevano perduto. — Nè più calzante io ritengo un altro modo di concepire l'argomento desunto a favore della quì sostenuta opinione dalla Nov. 118, che è stato sviluppato specialmente da Fein p. 138 sg. e da Vangerow p. 387 sg.: l'obbligo di collazione degli emancipati si sarebbe fondato su ciò, che il pretore li avrebbe chiamati sotto la finzione della persistente suità, e da questa base il loro diritto ereditario sarebbe stato reso indipendente per via della Nov. 118. Sicuramente si dice nelle fonti, che il pretore chiama gli emancipati previa rescissione della *capitis diminutio*, che essi avevano sofferta (l. 6 § 1 D. *de B. P.* 37. 1, l. 3 § 5 l. 6 § 2 D. *de B. P. c. t.* 37. 4). Ma non mi pare un concetto sano, che il pretore si sia resa possibile la chiamata degli emancipati solo per mezzo di questa rescissione e con ciò si sia anche posto nella necessità d'accettare le conseguenze della rescissione. La rescissione era l'espressione formale di ciò, che egli voleva, non un vincolo, che egli si imponesse e che gli avrebbe impedito di conformare la sua decisione, come gli appariva conveniente secondo criteri puramente obbiettivi. Contro il concetto qui indicato è in particolare rivolto l'art. di Schmidt, menzionato di sopra allo * e v. specialmente anche Brinz 1ª ediz. p. 718. 719. 2ª ediz. II p. 286 nota 5. — Nel senso della abrogazione della collazione degli emancipati nel diritto romano nuovissimo è stata *ab antico* l'opinione dominante; sopra anteriori dissenzienti v. gli scrittori citati in Francke, p. 217 nota 55. p. 226 nota 60; nell'epoca moderna si sono dichiarati in contrario Francke loc. cit., Mayer loc. cit., Vangerow loc. cit. e Leist p. 279 sg. Leist adduce che l'emancipato secondo il diritto anteriore alla Nov. 118 avrebbe conferito soltanto ancora le liberalità del padre, mentre la donazione fatta al *suus* gli sarebbe rimasta intatta. Se anche ciò fosse esatto (cfr. nota 9) io non potrei riconoscervi alcuna contraddizione a quanto qui s'è detto. La pratica, come generalmente si riconosce, si è saldamente attenuta alla abrogazione. — Una peculiare opinione fu messa innanzi da Schmidt nel succitato articolo p. 120. 121. Anche Schmidt muove da ciò, che dopo la Nov. 118 la successione degli emancipati non apparisce più come un torto verso i discendenti rimasti nella potestà; ma egli non ne trae la conseguenza, che per questo sia venuto meno il loro obbligo di collazione, sibbene che al presente il loro obbligo di collazione viga illimitato, non semplicemente rispetto a quelli, ai quali essi colla loro successione facevano torto. Mi pare che l'erroneità di questa argomentazione sia palmare. Schmidt basa la collazione dopo la Nov. 118 sulla idea, che sia ingiusto, che l'un discendente acquisti per l'eredità, l'altro per sè. Io non voglio contrastare la giustezza intima di questa idea (una osservazione, che anche a questo riguardo Vangerow p. 388 fa contro Schmidt, colpisce soltanto una sua non ponderata espressione, non la vera opinione di lui); ma per dire, che si operi secondo lo spirito del diritto romano, col darle valore pratico, non vi è nelle fonti il menomo punto d'appoggio. L'emancipato conferiva appunto soltanto a quelli, che arrecava limitazioni, e i nipoti cognatizi non conferivano affatto. V. anche Leist p. 288 sg.

quanto questa collazione non era già stata assorbita dalla collazione generale dei discendenti[11].

2. Il diritto della collazione in particolare[1].

§ 610.

1. Sono obbligati alla collazione e vi hanno diritto i discendenti come tali[2], che vengono alla successione simultaneamente[3]. Che la successione abbia luogo per legge

(11) Essa era stata assorbita quanto alla *dos profecticia*. Per quanto concerne la *dos adventicia*, la figlia non era tenuta più a conferirne il capitale, dopo che anche gli altri *sui* acquistavano per sè rispetto alla proprietà il *peculium adventicium*. Ma il godimento di essa la figlia o non lo ha mai avuto o lo ha avuto per dono del padre. Cfr. Francke p. 190 sg., Arndts p. 826 sg. In proposito si fa ancora astrazione dalla questione, se il matrimonio della figlia si concilii in genere colla persistenza della patria potestà (II § 525 nota 20 Num. 3).

(1) Per la collazione dei discendenti, che le leggi imperiali, sulle quali essa si fonda, regolano soltanto nelle linee più generali, devono applicarsi i principî dell'antica collazione, in quanto essi sono conciliabili col concetto fondamentale di questa nuova collazione. La nuova collazione apparisce nella legislazione imperiale non come istituto giuridico a sè, ma semplicemente come continuazione dell'antica. Cfr. Fein p. 289 sg., Leist p. 290 sg. 444 sg. Quando Fein vuol applicare l'indicato principio soltanto colla restrizione, che in tutti i casi, nei quali per la *collatio emancipati* fosse decisivo l'istante della morte dell'ereditando, debba per la nuova collazione sostituirsi l'istante dell'adizione della eredità, egli sfrutta anche qui (cfr. § 609 nota 10) in maniera, a quanto mi pare, ingiustificata, la finzione della suità. Contro l'intiero principio si dichiara senza prova sufficiente Zimmermann (§ 609 nota *) p. 390. § 610.

(2) L. 17 C. *h. t.* Anche gli adottati, anche i legittimati. Anche i figli illegittimi, che succedono simultaneamente (§ 574 Num. 3)? A tale domanda non si può rispondere affermativamente. Poichè, anche astraendo da che nelle leggi ai *liberi naturales* non è in alcun luogo imposto l'obbligo della collazione, la loro successione si presenta talmente come qualche cosa fuori dell'ordine consueto, che deve apparire estremamente grave il trasferire ad essa la presunzione sulla quale si fonda la collazione dei discendenti. Cfr. Fein p. 266 sg., Vangerow § 516 osservaz. 2 Nr. I. 5, Leist p. 363.

(3) Chi rinuncia all'eredità, come non è tenuto a conferire così non può pretendere collazione. L. 17 C. *h. t.*, l. 2 § 5 i. f. l. 3 § 5 D. *h. t.*, l. 1 pr. l. 4. 8. 9 D. *de dot. coll.* 37. 7. — Col diritto di diventar eredi, anche il diritto e l'obbligo di collazione trapassano per via di trasmissione. Arndts p. 831, Fein p. 367 sg., Vangerow II § 516 osservaz. 2 Nr. I. 6, Leist p. 402. 485.

o per testamento, è indifferente[4]; salvochè nel caso di successione testamentaria è richiesto, che gli istituiti sieno tali che sarebbero stati chiamati anche alla successione intestata[5]. Deve farsi la collazione a tutti i discendenti coeredi, non solamente a quelli, cui l'obbligato alla collazione arreca limitazioni[6]. Se cogli aventi diritto alla colla-

(4) Che anche nella successione testamentaria debba farsi il conferimento, è cosa introdotta da Giustiniano *ex novo* nella Nov. 18 c. 6. È pur incerto, egli opina, se il testatore all'atto della confezione del testamento non abbia pensato all'elargizione anteriormente fatta per dimenticanza o sotto l'influenza della prossimità della morte. — Deve conferire anche il discendente istituito *ex re certa?* Sì; giusta quanto s'è detto al § 553 nota 11. Neuner, *Heredis institutio ex re certa* p. 461 sg., Leist p. 481. Di div. op. Fein p. 377 sg. — Anche quando concorrono la successione legittima e la testamentaria (§ 584 seconda metà, § 591 nota 12), si fa luogo all'obbligo della collazione. L'antico diritto lo escludeva logicamente in questo caso, l. 6. 7 D. *de dot. coll.* 37. 7. Cfr. Arndts p. 831 nota 128.

(5) Giustiniano manifestamente nella Nov. 18 c. 6 non vuol imporre ai discendenti una nuova obbligazione, ma soltanto estendere al caso che esista un testamento l'obbligazione ad essi incombente come eredi *ab intestato*. Così pure l'opinione dominante, cfr. Arndts p. 832, Sintenis III § 189 not. 7, Vangerow § 516 osservaz. 2 Nr. I. 3, Leist p. 481, e le citazioni in Fein p. 374 nota 3 e Vangerow loc. cit.; di div. op. Fein stesso loc. cit. [Dernburg III § 141 nota 4 e Dunkhase, *Arch. per la prat. civ.* LXXIX p. 276 sg. (1892) vogliono far luogo alla collazione solo quando nel testamento nessuno dei discendenti è preferito. Bene a ragione].

(6) A questo riguardo non può considerarsi come persistente il diritto della *collatio emancipati* (cfr. § 609 nota 4). La collazione dell'emancipato si fondava sul considerare l'emancipato come un intruso, che doveva cominciare col redimere il suo diventar erede col tôr di mezzo un vantaggio che in sè e per sè gli competeva: da questo punto di vista poteva apparir naturale la limitazione, che egli dovesse anche pagare il prezzo del riscatto solo a colui, al quale egli col suo diventar erede prendeva qualche cosa. Invece il concetto fondamentale della nuova collazione è, che fra eguali non deve stabilirsi alcuna ineguaglianza per via di (certe) liberalità dell'ereditando: ma se un nipote da un figlio premorto fosse tenuto a conferire soltanto a suo fratello ecc., lo zio non sarebbe stato meno posposto, che se il suo proprio fratello ecc. potesse tenere per sè una elargizione fattagli, e lo zio ecc. a sua volta avrebbe da conferire ad un ramo, dal quale egli non riceve nulla in ricambio. Così anche l'opinione dominante, Arndts p. 835 sg., Fein p. 277 sg., Leist p. 381 sg., e gli altri ancora menzionati in Vangerow § 516 osservaz. 2 Nr. II. 1; di div. op. Vangerow stesso loc. cit., Mayer § 125 not. 6, Sintenis § 189 not. 17. Di div. op. anche Brinz nella 1ª ediz. p. 726. 727, non più nella 2ª ediz. III p. 293.

zione concorrono altri coeredi non aventi diritto alla collazione[7], questi ultimi non possono computarsi nel calcolo della quota di collazione[8].

2. L'obbligo della collazione si verifica soltanto sotto la presupposizione, che l'ereditando non abbia ordinato il contrario[9]. L'obbligo della collazione vien meno anche quando con essa sarebbe lesa la legittima del conferente[10].

3. Oggetto dell'obbligo della collazione[11] non è qualunque dono dell'ereditando[12], ma soltanto: *a*) la dote[13]; *b*) la donazione per causa di matrimonio e ciò che le cor-

---

(7) P. es. una vedova povera, o eredi istituiti non discendenti.

(8) Cfr. § 609 nota 5. Arndts p. 836 sg., Fein p. 281 sg. 380 sg., Vangerow § 516 osservaz. 2 Nr. II. 2, Leist p. 383. 482. Di diversa opinione Dernburg III § 141 nota 17.

(9) Nov. 18 c. 6.: — « *nisi expressim designaverit ipse, se velle non fieri collationem* ». Si è sufficientemente d'accordo, che a questo *expressim designare* basti qualunque non ambigua dichiarazione di volontà, che l'erede debba avere la liberalità in antiparte, come pure che questa dichiarazione non abbisogni di alcuna forma. Cfr. Francke p. 245 sg., Arndts p. 832 sg., Fein p. 394 sg., Sintenis III § 189 note 12. 13, Holzschuher II § 89 Nr. 11, Zimmermann p. 420, Leist p. 482 sg. 486 sg. Seuff., *Arch.* II. 73, X. 69, XXXI. 153. 347.

(10) Colla volontà presuntiva dell'ereditando non si può conseguire un effetto, che la sua volontà espressa non sarebbe stata in grado d'ottenere (§ 582 nota 2). Arndts p. 834, Fein p. 382 sg., Leist, p. 485, E. A. Seuffert nelle aggiunte al Tratt. di suo padre § 587 nota 6.

(11) Francke, nell'articolo citato allo *, Arndts p. 837 sg., Fein p. 199 sg., Leist, p. 402 sg.

(12) Nell'epoca anteriore era assai diffusa l'opinione, che in massima debba assolutamente conferirsi ogni dono dell'ereditando, e che la non collazione formi l'eccezione. Contro questa opinione, che ora è affatto abbandonata, è rivolta la dissertazione di Francke; cfr. pure Arndts p. 837 sg., Fein p. 250 sg., Vangerow II § 516 osservaz. 3. Se il diritto romano prescrive la collazione di certe liberalità, pel motivo che non è da ritenere che l'ereditando abbia voluto con le stesse dare al ricevente un vantaggio sui suoi coeredi, esso non contiene perciò la massima, che debba conferirsi ogni liberalità, della quale non sia da supporre, che l'ereditando abbia voluto darla in antiparte al ricevente, e meno che mai contiene la massima, che nel dubbio sia da ritenere d'ogni liberalità, che non si sia inteso di darla in antiparte. Seuff., *Arch.* XIX. 169, XXXIII. 316; altrimenti I. 356, VIII. 276.

(13) L. 17 C. *h. t.*

risponde (II § 508)[14]; *c*) la carica venale procacciata al figlio secondo il suo valore attuale[15]; *d*) la donazione ordinaria, quando l'ereditando lo ha espressamente ordinato, o se da parte d'un altro discendente è da conferire una dote o donazione per causa di matrimonio e ad un tempo nè questo discendente ha ricevuta una donazione ordinaria, nè chi ha ricevuto la donazione ordinaria ha ricevuto una dote o donazione per causa di matrimonio[16]. — La massima da molti[17] propugnata, che inoltre debba conferirsi tutto ciò, che l'ascendente ha dato al discendente per costituire un'azienda domestica indipendente, non è sostenibile

---

(14) L. 17 C. *h. t.* Fein p. 262.

(15) L. 20 pr. C. *h. t.*, v. pure l. 12 C. *comm. utr. iud.* 3. 38. Fein p. 207 sg. Quanto all'odierna applicabilità di questa disposizione, cfr. Fein p. 263 e gli scrittori citati alla nota 5 del § 581.

(16) L. 20 § 1 C. *h. t.* Francke p. 206 sg., Arndts p. 838 sg., Fein p. 210 sg., Leist p. 367-381. Seuff., *Arch.* I. 356, XXXIII, 316. — Fra le donazioni ordinarie nel senso attinente a questo punto devono annoverarsi anche le donazioni per causa di morte; rispetto alla collazione non assume importanza la loro natura di legati. Arndts p. 839, Fein p. 226 sg., Leist, p. 405. Di div. op. Vangerow, II § 562 in f. — Ma deve conferirsi anche la donazione rimuneratoria? Secondo quanto s'è detto alla nota 11 del § 368 sicuramente, ad eccezione della donazione per ricompensa a chi ci ha salvato la vita. Di div. op. Arndts p. 842, Leist p. 405, in parte Fein p. 223. — Collazione della donazione fatta al figlio di famiglia, la quale si consolida per la morte del padre? In contrario Leist p. 367 sg.; in favore Fein p. 229 sg., come io credo a ragione, cfr. § 609 nota 9. — La corrisponsione d'alimenti e di spese di studio è una donazione solamente quando non è adempimento del dovere paterno. Cfr. l. 50 D. *fam. erc.* 10. 2. Arndts p. 842, Leist p. 434 sg. 492 sg. Seuff., *Arch.* III. 349, VII. 206, IX. 190, X. 67 [Spese del volontariato militare d'un anno Seuff. XLVI. 202 (contro la collazione)]. — Non cadono sotto al concetto della donazione nel senso della l. 20 cit. i regali d'occasione. Cfr. l. 194. 214 D. *de V. S.* 50. 16, l. 31 § 8 D. *de don. i. v. e. u.* 24. 1, l. 12 § 3 D. *de admin.* 26. 7. Fein p. 218. — Cfr. pure Arndts p. 842 lit. *c. d. f.*, Fein p. 221 sg., Leist p. 440 sg., Seuff., *Arch.* XXXI. 153.

(17) Arndts p. 839 sg., Puchta § 513 *b*, Sintenis § 189 nota 24, Brinz 1ª ediz. p. 725. 2ª ediz. II p. 296. Holzschuher II § 186 Nr. 9, Leist p. 402-433 (con invocazione del diritto tedesco). Di div. op. Francke p. 222 sg., Fein p. 259 sg., Vangerow II § 516 osservaz. 3 in f., Zimmermann p. 394.

secondo il diritto romano[18], ma ha a suo favore una pratica costante[19].

4. I nipoti da figli ecc. devono conferire non solo le liberalità fatte ad essi, ma anche quelle fatte ai loro genitori ecc., in quanto le stesse sono ad essi pervenute[20].

---

(18) Le leggi enumerano gli oggetti della collazione in modo troppo determinatamente particolare per consentire un'estensione *ex ratione legis* (I § 22). L'indicata opinione, almeno prima, veniva fondata pure non tanto sull'idea di una liberalità quanto su quella d'un mutuo tacito. Fein p. 259. Di div. op. Brinz 2ª ediz. III p. 296 nota 11.

(19) Seuff., *Arch.* III. 349, IV. 136 (v. pure 127 nota 1), VII. 206, VIII. 276, X. 67, XXV. 249, XXXIII. 238. In contrario neppure XIV. 151. — In base ad una considerazione assai superficiale si sono indicati come oggetto della collazione anche i debiti dell'erede verso l'autore. In contrario Francke p. 176, Fein p. 36.

(20) Questione controversa per più riguardi. In divergenza da quanto s'è insegnato nel testo viene affermato: *a*) i nipoti (rispetto alle liberalità che qui sono in questione) non sarebbero obbligati alla collazione, nella successione dell'avo, rimpetto ai fratelli e alle sorelle del padre, ed in genere verso gli altri nipoti. Così, rispetto ad entrambi i punti Fein p. 350. 351. — *b*) Inoltre si afferma che la presupposizione dell'obbligo di collazione dei nipoti non sia, che l'elargizione fatta ai genitori sia giunta ad essi, ma che essi siano diventati eredi dei genitori, o che essi siano diventati eredi dei genitori e ad un tempo l'elargizione in questione sia giunta ad essi, od anche che non sia richiesta nessuna delle due cose. Tale questione viene ben anche risoluta diversamente a seconda che i nipoti consuccedono esclusivamente fra di loro o con fratelli e sorelle dei loro genitori. Cfr. i prospetti in Fein p. 353 e sg., Vangerow II § 516 osservaz. 2 N. I. 6. *a*, Holzschuher II § 186 Nr. 5. *b*, inoltre Zimmermann p. 413 sg. Leist p. 387 sg. 484 sg., Kohler, *Arch. per la prat. civ.* LIX, p. 91 sg. — *c*) Più recentemente Brinz nella 1ª ediz. p. 727 sg. ha posto innanzi la massima, che secondo la Nov. 118 i nipoti non debbano più conferire ciò che è stato elargito in genere ai loro genitori. — Rispetto a tali questioni importano principalmente i seguenti punti. — 1. La l. 19 C. *h. t.* prescrive, che i nipoti succedendo all'ava debbano conferire ai fratelli e sorelle dei loro genitori la dote o rispettivamente la donazione per causa di matrimonio data ai genitori, succedendo all'avo materno debbano conferire ai fratelli e sorelle della loro madre la dote data alla madre; invece essa non prescrive, che i nipoti anche succedendo all'avo paterno debbano conferire ai fratelli e sorelle del padre la donazione per causa di matrimonio fatta al padre. Che essa non disponga in quest'ultimo senso, sebbene la lezione del passo sia controversa, è cosa perfettamente sicura per la ragione che il passo pone sulla stessa linea l'obbligo di collazione dei nipoti colla deduzione del terzo nella divisione dell'eredità, la quale deduzione secondo il diritto d'allora colpiva bensì sempre

Le liberalità fatte a loro stessi devono conferirle anche

---

i nipoti da figlie di fronte a' figli dell'ereditando ed i nipoti da figli nella successione all'ava, ma certo non i nipoti da figli nella successione all'avo. Cfr. l. 4 C. Th. *de leg. her.* 5, 1. In relazione a questa deduzione del terzo l'obbligo di collazione dei nipoti era stato introdotto dalla l. 5 C. Th. *eod.*, ma soltanto per la dote, che allora per il non emancipato formava l'unico oggetto di collazione, e soltanto pel caso di successione all'avo, poichè secondo il diritto di allora la *collatio dotis* si verificava soltanto nella successione a persone di sesso maschile. Ora la l. 19 cit., in base alla legge di Leone, equipara alla dote la donazione per causa di matrimonio, ed al caso della successione all'avo il caso della successione all'ava; ma tien ferma la connessione colla deduzione del terzo e così anche secondo essa la collazione dei nipoti apparisce come un prezzo, che essi al modo degli emancipati devono pagare in un caso, in cui propriamente non hanno alcuna ragione sulla successione, l. 5 C. Th. cit. i. f.: — « *quos constat alienae iam familiae esse procreatos* ». Ora poichè colla Nov. 118 è stato a tutti i discendenti accordato un diritto ereditario eguale in via di principio, così dopo la stessa la l. 19 cit. non può più applicarsi, come non lo può la collazione dell'emancipato, ed a tale stregua, per quanto mi è dato scorgere, conviene dare piena ragione a Brinz. — 2. Ma secondo me la l. 19 cit. si riferisce soltanto al caso, in cui dote e donazione matrimoniale non sono giunte nelle mani del nipote. Se, come nessuno dubita, la l. 19 cit. è da spiegare colla l. 5 C. Th. cit., quest'ultimo testo non aveva alcun motivo per introdurre come qualche cosa di particolare l'obbligo di collazione del nipote pel caso che la dote pervenga a costui. Poichè è accertato, che la *collatio dotis* veniva concepita soltanto come una estensione della *collatio emancipati*, e quanto a quest'ultima, v. l. 2. pr. D. *h. t.*: — « *igitur sive hereditatem a patre sive legatum acceperit, hoc conferre debebit* ». Arroge, che secondo il diritto dell'epoca della l. 19 cit. il credito dotale di regola non trapassava punto agli eredi della donna, cfr. Arndts p. 844. — 3. Quindi se la l. 19 cit. per la nostra questione non viene in considerazione, deve applicarsi la regola della l. 2 D. cit. (nota 1), e noi otteniamo il principio assai naturale, che chi sopporta l'obbligo della collazione non sia tanto la persona, quanto il ramo, ma che ciascun rappresentante del ramo debba conferire ciò che è stato elargito al ramo solamente in quanto è ancora a sue mani, come pure la persona deve conferire ciò che è stato ad essa elargito solamente in quanto è ancora a sue mani (nota 24). Concorda nel principio attualmente anche Brinz nella 2ª ed. III p. 300, salvochè egli, in conformità a ciò che si osserva in seguito nella nota 24 in f., tiene anche qui per decisivo l'aver ricevuto, non il ritenere. — 4. Nell'epoca anteriore era assai usuale il procedere in questa questione col concetto del diritto di rappresentazione (§ 572 nota 4), col che si giungeva poi ad un incondizionato obbligo di collazione dei nipoti, o puramente e semplicemente od almeno di fronte ad altri discendenti. Attualmente il concetto del diritto di rappresentazione, come in genere, così anche nella sua applicazione alla questione che si ha innanzi, è abbandonato completamente. — 5. La pra-

quando sono state loro fatte prima della morte dei loro genitori ecc.[21].

5. Colle cose stesse elargite devono restituirsi i frutti da esse ricavati dopo l'avveramento della delazione della eredità[22]. D'altra parte l'obbligato alla collazione può esigere il rifacimento delle spese necessarie ed utili da lui fatte sulle cose elargitegli, per quelle fatte dopo l'avveramento della delazione, incondizionatamente, per quelle anteriori, in quanto ancora sussistono[23]. Se l'obbligato

---

tica ondeggia come la teoria. V. Seuff., *Arch.* VIII. 69, X. 187, XI. 163. [Massenbach, *L'obbligo di collazione dei nipoti* (die Collationspflicht der Enkel) dissertazione di Gottinga 1891; Heringhaus, *Debbono i nipoti conferire quanto fu elargito al loro parens predefunto?* (Haben Enkel zu conferiren, was ihrem vorverstorbenen *parens* zugewandt war? Dissertaz. di Wirzburg, 1898)].

(21) Le leggi qui non distinguono ed il supposto che l'ereditando abbia donato ai nipoti come ad estranei, ha a suo favore meno argomenti del supposto che egli abbia donato ad essi come a futuri partecipi del patrimonio famigliare. Arndts p. 844, Fein p. 362 sg. Vangerow II § 516 osservaz. 2 Nr. 6. *b.* Di div. op. Sintenis III § 189 not. 20 e gli scrittori ivi menzionati.

(22) Non devono restituirsi i frutti percepiti prima della delazione ereditaria: la volontà dell'ereditando, che il ricevente non debba essere avvantaggiato sui suoi eredi con quanto gli è largito, è da accettare soltanto per la sostanza della cosa largita, non pel suo reddito — altrimenti perchè se ne sarebbe egli spossessato prima? D'altra parte se l'elargizione non deve procacciare al ricevente alcun vantaggio sui coeredi, ciò che è stato largito deve dividersi coi coeredi facendo capo all'istante, in cui esiste una coeredità. Le fonti contengono soltanto un unico passo attinente a questo punto, l. 5 § 1 D. *de dot. coll.* 37. 7, e questo passo sebbene non attesti direttamente ciò che si è detto, non lo contraddice neppure, se si considera, cioè, che nulla costringe ad intendere per quella *mora*, di cui parla il passo, una *mora* nel senso tecnico della parola (c. d. *mora* soggettiva, II § 276 nota 2). Però le opinioni qui divergono molto. Si afferma: *a*) che all'obbligazione di prestare i frutti si faccia luogo soltanto colla adizione dell'eredità; *b*) che ad essa si faccia luogo soltanto colla *mora* (propria); *c*) dall'altra parte, che si verifichi una *mora ex re* subito colla morte dell'ereditando. Cfr. Arndts p. 841, Fein p. 309 sg. 321 sg., Leist p. 476 sg., Köppen p. 257, Brinz 2ª ediz. III p. 298, Dernburg III § 141 nota 12; inoltre gli articoli di L. Langenn nelle *Illustrazioni di questioni giuridiche pratiche* [Erörterungen praktischer Rechtsfragen] sue e di Kori II p. 193 sg. (1830), Pfeiffer, *Disquisizioni prat.* IV p. 88 sg. (1836), Guyet, *Arch. per la prat. civ.* XXI p. 161 sg. (1838). Holzschuher II § 186 nota 15, Seuff., *Arch.* IX. 191, XVI. 178, XXIV. 250, XL. 32 (Trib. dell'Imp., *Sent.* XI p. 245).

(23) La disposizione della l. 1 § 5 D. *de dot. coll.* 37. 7: « *Cum dos confertur,*

alla collazione non ha più, o non ha più in condizione, inalterata, ciò che deve conferire, egli è obbligato al risarcimento, quando la perdita ha avuto luogo per suo dolo o per una negligenza, che egli suole evitare nelle proprie emergenze[24].

---

impensarum necessariarum fit detractio, ceterarum non » ha soltanto valore storico; v. l. 8 D. *de impens.* 25. 1, l. un. § 5 C. *de rei ux. act.* 5. 13. La prova positiva di ciò che si è detto nel testo sta nel principio: *collationem viri boni arbitratu fieri*, l. 2 § 2 l. 5 § 1 D. *h. t.*, l. 5 § 1 D. *de dot. coll.* 37. 7. In particolare: *a*) agli aventi diritto alla collazione non è lecito volersi locupletare col patrimonio dell'obbligato alla collazione; *b*) dopo l'avveramento della delazione dell'eredità l'obbligato alla collazione può detrarre le spese secondo gli stessi principî, giusta i quali egli potrebbe detrarre le spese fatte sopra una cosa altrui. V. però quanto alle spese utili I § 195 nota 7, e cfr. in genere Fein p. 331 sg. (il quale scrittore del resto qui, come nella restituzione dei frutti, vuole che si ponga mente non al punto della morte dell'ereditando, ma a quello dell'adizione dell'eredità, v. al riguardo nota 1).

(24) L'emancipato rispondeva per la *culpa* soltanto dopo l'avveramento della delazione dell'eredità, l. 1 § 23 l. 2 § 2 D. *h. t.*; ma la Nov. 97 c. 6 stabilisce per la collazione dei discendenti il principio della responsabilità incondizionata per causa di *culpa*. L'opinione del Fein, che questo passo sia da riferire soltanto alla *culpa lata*, è arbitraria. Fein p. 313 sg., Arndts, *Diz. G.* p. 840 sg. e *Pand.* § 530 not. 1. Nè maggiormente può giustificarsi l'opinione del Leist (p. 473 sg.), che la Nov. 97 c. 6 contenga soltanto una decisione particolare per il caso speciale in essa indicato (perdita della dote per trascuranza della tempestiva citazione del marito). Leist vuole del resto far rispondere della *culpa* l'obbligato alla collazione non soltanto a cominciare dall'adizione dell'eredità, ma subito colla morte dell'ereditando, giusta la forza retroattiva dell'adizione dell'eredità; cfr. al riguardo § 531 nota 14. — La mitigazione della *diligentia quam suis* deve tornar a profitto del coerede anche qui, come nel rapporto fra coeredi in genere (§ 608 nota 24). Fein p. 98 sg., v. però anche Schmidt p. 118 nota 164. — Zimmermann p. 400 sg. afferma, che l'obbligato alla collazione debba sempre conferire (lasciarsi imputare) il valore di ciò che ha ricevuto. Nella Nov. 97 c. 6, osserva questo scrittore, non si fa parola di prestazione di colpa; « ma Giustiniano motiva la sua decisione soltanto colla circostanza, che la donna, che a causa della sua dote è fornita di così grandi privilegi, debba attribuire a sè stessa il detrimento (*sibimet culpam inferat*) »! Questa affermazione, che finora stava affatto isolata, viene attualmente avanzata anche da Brinz nella 2ª ediz. II p. 297; egli è d'opinione, che secondo il principio della nuova collazione debba conferirsi ciò che è stato ricevuto, non ciò che il coerede ritenga all'epoca dell'avveramento della delazione dell'eredità (v. in contrario ciò che s'è osservato nella nota 1), e scorge nella disposizione

6. Non ha luogo coazione diretta all'adempimento dell'obbligo della collazione; la conseguenza del suo inadempimento è soltanto che l'obbligato alla collazione perde la sua quota d'eredità a favore di chi vi ha diritto[25]. Ma per il conseguimento della quota ereditaria basta già la promessa della collazione previa costituzione di congrua sicurtà[26]. La collazione viene eseguita mediante divisione naturale[27] o mediante compenso in valore[28], la qual ultima

---

della Novella una singolarità. Per l'opinione dominante Köppen, op. citata p. 252 nota 1. Per la collazione a stregua del valore all'epoca del ricevimento Dernburg III § 141 nota 11.

(25) Così era per la *collatio emancipati* e per la *collatio dotis*, e la legislazione imperiale a questo riguardo non ha disposto nulla di nuovo. L. 1 § 10. 13 l. 2 § 8. 9 l. 3 pr. D. *h. t.*, l. 11. 12. 16 C. *h. t.* (non contraria la l. 1 pr. D. *de dot. coll.* 37. 7, Fein p. 168). Arndts p. 812. 825 sg. 845. 847 sg., Fein p. 105 sg. 167 sg. 295 sg., Schmidt p. 119 sg., Brinz 1ª ediz. p. 732 sg. 2ª ediz. III p. 303, Vangerow II § 515 osservaz. Nr. 6 in f., Zimmermann p. 410. 422 sg. Seuff., *Arch.* XXXI. 348. L'opinione anteriormente dominante ammetteva (dopo l'acquisto dell'eredità) la coazione diretta alla collazione, Fein p. 295 sg., e così attualmente ancora Sintenis § 189 not. 4, Leist p. 450 seg. (con richiamo al diritto tedesco). Nella stessa posizione dell'obbligato alla collazione sono i suoi creditori. Essi non possono per avventura pretendere la sua quota d'eredità e lasciare ai coeredi, d'insorgere per parte loro contro l'obbligato alla collazione come aventi un diritto di credito, quindi come creditori chirografari. Thibaut, *Pand.* § 883 nota *p*, Fein p. 342. Anche chi ha un diritto di pegno sulla quota ereditaria non può elevare pretese ad esso se non contro adempimento dell'obbligo di collazione. Wolff, *Archiv. per la GP. prat.* VII p. 278 sg. [Azione rivolta alla collazione dopo la divisione dell'eredità: Seuff., *Arch.*, LI. 188].

(26) L. 1 § 9. 10. 11. 13 l. 2 § 9 l. 5 § 1 D. *h. t.* Arndts p. 812 sg. 825. 845, Fein p. 9 sg. 164. 297 sg., Schmidt p. 110. 117 sg. — Accorda il *beneficium inventarii* tutela rispetto all'adempimento della collazione? Arndts p. 848, Fein p. 335 sg., Vangerow II § 516 osservaz. 4, Zimmermann p. 411, Leist p. 478.

(27) L. 1 § 11 D. *h. t.* « *Quamvis autem edictum praetoris de cautione loquatur, tamen etiam re posse fieri collationem, Pomponius libro septuagesimo nono ad edictum scripsit. Aut enim re, inquit, aut cautione facienda collatio est...* ».

(28) L. 1 § 12 D. *h. t.* « *Sed et si tantum forte in bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione suus habere debet, dicendum est emancipatum satis contulisse videri: idem et si nomen paterni debitoris delegaverit vel fundum remve aliam dederit pro portione bonorum, quae conferre debuit* ». L. 5 D. *h. t.*

cosa si concede all'obbligato alla collazione secondo l'equo apprezzamento del giudice[29-30].

IV. Rapporto giuridico in caso che altri ritenga l'eredità*.

Introduzione.

§ 611.

Per ciò che all'erede l'eredità venga da un terzo ritenuta in tutto od in parte, nasce a favore dell'erede una ragione alla restituzione di ciò che è ritenuto. Se il soddisfacimento di questa ragione è ricusato, compete all'erede l'azione ereditaria (I § 122). Ciò che di particolare deve dirsi di questa ragione e di questa azione, ha la sua base principalmente in questo, che è appunto eredità quello che viene ritenuto: ragione ed azione sono fondate sulla riten-

---

(29) Bisogna muovere da ciò, che la ragione di collazione è rivolta in prima linea alla restituzione in natura; la l. 1 § 12 D. 37. 6 presuppone l'accordo delle parti, la l. 5 C. 6. 20 parla d'un caso particolare. Ma se la collazione deve aver luogo *arbitratu boni viri* (nota 23), non potrà negarsi all'obbligato alla collazione di rifondere il valore, se offre un equivalente affatto sufficiente e l'avente diritto alla collazione non può provare un particolare interesse alla restituzione in natura. Le opinioni sono divise. Cfr. Arndts p. 845, Fein p. 298 sg. (il quale, certo a torto, ritiene risoluta la questione dalla Nov. 97 c. 6 nel senso del rifacimento del valore, similmente in sostanza Zimmermann, *Arch. per la prat. civ.* LI p. 395 sg.), Sintenis III § 189 not. 34, Leist, p. 465 sg., Brinz 2ª ediz. III p. 299. 302. — Nella collazione mediante rifacimento del valore è da porre a base il valore attuale dell'oggetto della collazione. La l. 20 pr. C. *h. t.* contiene un *ius singulare*, cfr. l. 30 § 2 C. *de inoff.* 3. 28. Arndts p. 846 sg., Fein p. 304 sg., Leist p. 468.

(30) Dovere di manifestazione dell'obbligato alla collazione. Cfr. Sp. Sass. I. 13 § 1 e Leist p. 455 sg. Seuff., *Arch.* IX. 190, XII. 346 nota 1, XV. 261, XIX. 169, XXIII. 189, XXXVI. 51.

(*) Dig. 5. 3 *de hereditatis petitione*. Cod. 3. 31 *de petitione hereditatis*. — Glück VII p. 491-572. VIII p. 1-20 (1804. 1807). V. Buchholtz, *Dissertazioni giuridiche* Nr. 1 (1833). Fabricius, *Museo Ren.* VI p. 165 sg. (1833). Arndts, *Contributi* Nr. 1 (1847). Rosshirt, *Diritto ereditario testamentario* II p. 1 sg. (1840). Arndts, *Diz. G. V.* p. 207-238 (1844). Zimmermann, *Arch. per la prat. civ.* XXIX p. 212 sg. 454 sg. (1846). Francke, *Commento esegetico dogmatico sul titolo delle pandette de Hereditatis petitione* (1864). Mayer

zione di eredità e sono dirette alla restituzione di eredità[1]. È una cosa del resto che si raccomanda, qui come nella ragione di proprietà (I § 193 sg.), il trattare in particolare anzitutto dell'oggetto[2] della ragione, e soltanto poi delle sue presupposizioni[3].

---

§ 130-133, Vangerow II § 506-508, Sintenis III § 190-192, Brinz 1ª ediz., § 159-165. 2ª ediz. III § 400-402, Unger § 50-53. Un prospetto dà la dissertazione inaug. (a Breslau) di E. Cohn (1883).

(1) Quindi i passi delle fonti, che trattano d'uno di questi punti, possono sfruttarsi anche per l'altro. Cfr. Arndts, *Contributi* p. 29. — Köppen, *Trattato* p. 326. 330 e sg. pone a base della ragione dell'erede, in quanto eccede quel che ha lasciato l'ereditando, la categoria della *negotiorum gestio*. § 611.

(2) Questa espressione è migliore della espressione *contenuto*, che era usata per la ragione rivendicatoria nelle anteriori edizioni [fino alla terza]. Cfr. II § 252 nota 1. § 262 nota 1.

(3) La *hereditatis petitio* è una *vindicatio hereditatis*, come la *rei vindicatio* è una *vindicatio rei*. Gai. II. 20. IV. 17, l. 8 D. *h. t.*, l. 19 i. f. D. *de inoff.* 5. 2 e molti altri passi. Ma si disputa, se sia la *hereditas* nel senso oggettivo (l'eredità) o la *hereditas* nel senso soggettivo (il diritto ereditario) (cfr. § 536 nota 3, § 605 nota 10) quella, che è presa di mira colla *hereditatis petitio*. Per quest'ultimo concetto Arndts, *Contributi* p. 15 sg. *Pand.* § 531 not. 2, col consenso di molti; per il primo Dernburg, *sul rapporto della hereditatis petitio e delle azioni ereditarie singolari* [über das Verhältniss der hereditatis petitio und der erbschaftlichen Singularklagen] p. 13 sg., Francke p. 2, Brinz 1ª edizione p. 682, 2ª edizione III p. 215. Köppen, *Trattato* p. 291. — Unger (§ 50 not. 2) ha chiamata oziosa questa controversia, ed effettivamente non vengono ricavate conseguenze pratiche dalle opposte opinioni. Ma se si fa questione della concatenazione dei concetti, mi pare pure incontrastabile che ai Romani nella *hereditatis petitio* la *hereditas* è apparsa quale cosa, come quale oggetto della *rei vindicatio* la cosa corporale. Si legga soltanto Gai. IV. 17, ove *hereditas* come oggetto di rivendicazione è posta affatto sulla stessa linea con *columna*, *grex*, *fundus*, *aedes*. Invero questa cosa, che forma l'oggetto della *hereditatis petitio*, consta di diritti, e di questi diritti l'attore afferma, che essi siano suoi, non per sè stessi come singoli, ma come lasciati da un defunto; egli afferma quindi, che i diritti lasciati da un defunto sono suoi, od in altri termini che egli è erede del defunto. Ma anche per la *rei vindicatio* l'affermazione dell'attore, che la cosa è sua, è soltanto un'altra espressione dell'affermazione, che il diritto di proprietà sulla cosa è suo, e però nessuno dice, che la *rei vindicatio* sia non *rei*, ma *dominii vindicatio*. — Un valore pratico avrebbe l'opinione di Arndts, specialmente quando si volesse da essa trarre la conseguenza, che l'azione ereditaria possa anche istituirsi senza ritenzione di fatto dell'eredità, di fronte a semplice impugnativa verbale del diritto ereditario, e

A. *Oggetto della ragione ereditaria.*

§ 612.

1. La ragione ereditaria tende direttamente alla restituzione di ciò, che l'avversario possiede attualmente come eredità. Ma dell'eredità fanno parte non solamente le cose, che sono state nella proprietà dell'ereditando, bensì anche quelle, che egli ha acquistate in buona fede, come pure quelle, sulle quali gli competeva un diritto reale su cosa altrui autorizzante al possesso, od un diritto di ritenzione, ed anche quelle, di cui egli aveva soltanto la detenzione, ma delle quali egli rispondeva ed al presente risponde l'erede[1]. Anche ciò di cui il possessore stesso era debitore verso l'ereditando o di cui è diventato debitore verso l'eredità, appartiene all'eredità[2]. Inoltre appartiene all'eredità ciò, che è stato procacciato per l'eredità[3], e ciò

---

questa conseguenza non ne traggono i suoi fautori. Del resto tale questione non può secondo me risolversi incondizionatamente in senso negativo. Cfr. I § 45 nota 8, e v. pure Mühlenbruch, *Cont. del Glück* XLIII p. 85.

§ 612. (1) Per ciò che s'è detto fino ad ora cfr. l. 18 § 2 l. 19 pr. § 2 D. *h. t.*, l. 41 § 1 D. *h. t.* Francke p. 203 sg. *Quid* delle cose, che erano bensì nel possesso giuridico, ma non nel possesso di buona fede dell'ereditando? Nel senso che anche queste possano richiedersi colla *hereditatis petitio*, Ihering, *Sul fondamento della tutela del possesso* [über den Grund des Besitzesschutzes] p. 85 sg., Dernburg III §172[22] [Leinweber p. 20 sg.: diversamente per la questione della stima]; in contrario Francke p. 205, Bruns, *Azioni possessorie* p. 16. Cfr. l. 1 C. Th. *quor. bon.* 4. 21 ed in seguito § 614 nota 5. Seuff., *Arch.* XIV. 147, XVIII. 93, XXXI. 346 (Budde, *Decis. del Trib. Sup. d'app. di Rostock* VIII p. 244 sg.).

(2) L. 13-16 pr. § 3 D. *h. t.*

(3) Non ciò che è bensì procacciato con danaro ereditario, ma non per l'eredità. L. 20 pr. § 1 D. *h. t.* Francke p. 211 sg., Ruhstrat, *Arch. per la prat. civ.* LXVII p. 293 sg. [Schulte, *Fino a qual punto la massima* res succedit in locum pretii *si differenzia nell'azione ereditaria e nell'azione dotale?* Diss. di Erlangen 1897 — Leinweber, spec. p. 48 e sg. (la responsabilità del *bonae fidei possessor* in base ai negozi giuridici sulla *res aliena*) (anche su quanto segue)].

che è subentrato in luogo di cose ereditarie[4]. Infine appartiene all'eredità anche ciò che è stato lucrato da cose ereditarie[5].

2. La ragione ereditaria può tendere anche al risarcimento per ciò che s'è anteriormente posseduto come eredità[6]. A questo riguardo bisogna distinguere, se la perdita s'è verificata prima o dopo della citazione[7], e se il possessore era in buona o in mala fede[8]. Dopo la citazione tutti i possessori rispondono del dolo e della negligenza[9], il possessore di mala fede anche del caso fortuito[10]. Prima della citazione il possessore di mala fede risponde del dolo[11] e della negligenza[12], mentre il possessore di buona fede, che

---

(4) Prezzi di vendita, pagamenti di debiti, tacitazioni di diritti dedotti in giudizio, ragioni nascenti da perdita o danneggiamento di cose ereditarie. L. 16 § 1. 2. 4. 5. 7 l 20 § 2 l. 22 l. 23 § 1 l. 25 pr. § 18 l. 30 l. 31 § 5 l. 34 § 1 l. 35 l. 40 § 2 D. *h. t.*; cfr. l. 24 *eod.* (Francke p. 264 sg.).

(5) Specialmente quindi frutti in senso stretto, fitti e pigioni, interessi (*partus ancillae*, acquisto per via di schiavi). L. 13 § 7 l. 20 § 3 l. 25 § 20 — l. 30 l. 40 § 1 l. 52. 55. 56 D. *h. t.*, cfr. l. 20 § 18 l. 24 D. *h. t.* Francke p. 214 sg. 313 sg. Göppert, *Prodotti organici* p. 127 sg.

(6) Su questo punto ha dato disposizioni un Senatoconsulto del regno dell'Imp. Adriano (129 d. Cr.), il c. d. *S. C. Juventianum*, il cui testo è riportato nella l. 20 § 6 D. *h. t.* Però questo senatoconsulto non contiene esclusivamente diritto nuovo, ma riproduce in parte massime, che erano già state elaborate dalla dottrina e dalla pratica. Francke p. 225. 226. — Secondo la sua lettera questo senatoconsulto si riferiva soltanto alla *caducorum vindicatio* per parte del fisco; ma esso è stato esteso pacificamente alla *hereditatis petitio* in genere. L. 20 § 7-10 D. *h. t.*, l. 1 pr. C. *h. t.*

(7) Presupposto che essa sia pervenuta anche a notizia del possessore, L. 20 § 6 i. f. 11 l. 25 § 7 D. *h. t.* Cfr. I § 126 nota 5. Francke p. 235 sg. Ord. di pr. civ. § 239. 230.

(8) L. 20 § 13 l. 25 § 3. 5. 6 D. *h. t.*

(9) Anche il possessore di buona fede: egli, dicono le fonti, per effetto della citazione è costituito in *mala fides*. L. 20 § 11 l. 25 § 7 l. 31 § 3 D. *h. t.* Su questa troppo spinta espressione v. I § 124 nota 5.

(10) L. 40 pr. D. *h. t.* Sulla limitazione da aggiungersi a questa proposizione v. I § 124 nota 9, II § 280 Num. 2. Francke p. 359 sg.

(11) L. 20 § 6 l. 25 § 2. 9 l. 13 § 2 D. *h. t.* Questa proposizione sta nel senatoconsulto; ma non è inverosimile, che essa già anteriormente abbia avuto vigore. Francke p. 149 sg. 270, Pernice, *Labeo* II p. 255. Di div. opin. Voigt, *Jus naturale* III p. 584 nota 939.

(12) L. 25 § 2 l. 18 pr. l. 31 § 3 l. 54 § 2 D. *h. t.*, cfr. l. 20 § 4 l. 36 § 2 *eod.*

ha perduto il possesso, resta obbligato solamente in quanto egli è ancora locupletato[13]. Quindi egli non risponde in

Specialmente sul caso della non riscossione di crediti ereditari v. l. 25 § 2 l. 31 § 4 D. *h. t.* ed inoltre Francke p. 276 sg. — Ma giusta quanto s'è detto alla nota 13 del § 193 vol. I il possessore di mala fede può essere reso responsabile della colpa solamente quando egli, ad onta della perdita del possesso, continua ancora a possedere l'eredità, non se egli ha perduto tutto quello che possedeva. — Contro l'opinione, che il possessore di mala fede (prima della citazione) risponda anche del caso fortuito (così anche Neuner, *Essenza e specie dei rapporti di diritto privato* p. 184 sg., cfr. I § 193 nota 13), v. Francke p. 256 sg. 274, Unger § 52 nota 8, Arndts, *Pand.* § 533 not. 3 (contro *Diz. G. V.* p. 224). [Köppen, *Trattato* p. 343 distingue fra il *praedo* e « il *m. f. possessor* che non è *praedo*, perchè ha un titolo, come l'*emptor universitatis* »].

(13) L. 20 § 6 D. *h. t.*: — « *eos... qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat* (*sc. condemnandos*), *quo locupletiores ex ea re facti essent* ». L. 25 § 11 D. *h. t.* « *Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcumque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt perdiderunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt. Nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ac remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt; plane si* ἀντίδωρα (*retributionem*) *acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt: velut genus quoddam hoc esset permutationis* ». Quanto più la locupletazione svanisce, tanto più diminuisce anche la responsabilità del possessore di buona fede, e così il momento decisivo è esclusivamente quello della sentenza (naturalmente presupposto, che il possessore di buona fede dopo il principio della lite abbia adempiuto al suo dovere). L. 36 § 4 D. *h. t.* Francke p. 353 sg. — Si riferisce a questo punto lo scritto di Schröder, *Il commodum nell'azione ereditaria*, Heidelberg 1876. Il concetto fondamentale di questo scritto è, che l'obbligazione del possessore di buona fede a restituire quanto ha acquistato dall'eredità e per l'eredità, non si fondi, od almeno non in tutti i casi, su ciò che questo acquisto venga riguardato come « eredità », ma sopra una positiva disposizione del diritto romano, per la quale si sia dovuto dare all'erede risarcimento per il pericolo che lo colpisce. Anch'io credo, che si farebbe torto al diritto romano, se si volesse ammettere, che esso qui si sia lasciato determinare in maniera decisiva dalla interpretazione letterale. La spiegazione letterale certamente non si sarebbe retta, se essa per ragioni di sostanza non fosse stata ritenuta calzante. Ma che d'altra parte lo *iudex* romano fosse autorizzato a condannare alla restituzione degl'indicati acquisti perchè gli si era data istruzione di condannare alla restituzione della « *hereditas* », l'aut. stesso non lo nega (p. 33. 69). La dimostrazione da lui intrapresa, che il diritto romano non abbia effettivamente concepiti gli indicati acquisti come « eredità », io non la ritengo riuscita. Cfr. su questo scritto Kohler, *Riv. crit. trim.* XIX p. 498 sg.

ispecie di quanto ha consumato dell'eredità, a meno che per tal modo non abbia risparmiato di spendere del proprio patrimonio[14]; se egli ha vendute cose ereditarie, deve restituire soltanto ciò che del prezzo di vendita è giunto a lui e rimasto presso di lui[15]; se ha mutuato danaro ereditario, egli è liberato, restituendo il diritto di credito con ciò acquistato[16]. Se il possessore dell'eredità è tenuto

(14) L. 25 § 12-16 D. *h. t.*

(15) L. 20 § 17-20 l. 23 — l. 25 § 1 D. *h. t.*, l. 16 § 5 l. 18 pr. *eod.* Se egli posteriormente ha ricomprata la cosa, deve, insieme alla cosa, restituire anche il profitto ottenuto colla vendita e ricompera L. 22 D. *h. t.* Francke p. 258 sg. — Neppure indirettamente il possessore dell'eredità può essere costretto alla restituzione del prezzo già consumato; perciò in questo caso si nega all'erede la *rei vindicatio* contro il compratore, se questi ha un regresso contro il possessore dell'eredità. L. 25 § 17 D. *h. t.* Invero non è generalmente riconosciuto, che questo passo contenga l'indicata massima; cfr. al riguardo I § 186 nota 16, Arndts, *Diz. G.* V. p. 228 sg., Planck, *Pluralità di controversie giuridiche nel diritto di procedura* [Mehrheit der Rechts streitigkeiten im Processrecht] p. 213 sg., Dernburg (§ 611 nota 3) p. 85 sg., Francke p. 154 sg. 302 sg., Sintenis III § 191 not. 16, Vangerow II § 508 not. Nr. I. 3, Brinz 2ª ediz. III § 401 nota 19, Bolze, *Arch. per la prat. civ.* LVII p. 267 sg., Schröder op. cit. p. 14. Ioseph, *Ann. per la dogm.* XVI p. 209 sg., Serafini, *Archivio giuridico* XX p. 403 s., Francke, *Arch. per la pr. civ.* LXI p. 299 sg., Ruhstrat, *Ib.* LXVII p. 377 sg. Mommsen nella sua edizione delle pandette, che non impugna l'incontrastabile lezione « *nisi* », espone la congettura, che le parole « *nisi... habent* » non siano d'Ulpiano. Anche ciò è soltanto un ripiego di fronte alla supposta incongruenza del contenuto del passo. Un'altra ancor meno commendevole correzione in Bolze loc. cit. Serafini loc. cit. intende il « *nisi* » nel senso di « colla restrizione però », il che linguisticamente non è impossibile, ma non s'adatta al contesto del passo. Contro Serafini Joseph, *Riv. crit. trim.* XXI p. 121 sg., Brinz, *Ib.* p. 125 not. *, a favore dello stesso Francke, *Riv. di letteratura di Jena* 1878 p. 399 sg. e loc. cit. Quanto alla supposta incongruenza del contenuto del passo, si osservi ancora: è pacifico che il passo dice non spettare all'erede alcuna ragione contro il compratore (spettare al compratore contro l'erede una eccezione), se il prezzo di vendita è pervenuto all'erede, quand'anche il prezzo di vendita non corrisponda al valore della cosa: anche qui il compratore desume la sua difesa dal rapporto fra l'erede ed il possessore dell'eredità. [Trenkel, *La facoltà di rivendica dell'erede rispetto alle cose ereditarie vendute dal possessore di buona fede dell'eredità.* Dissert. di Gottinga 1891. Schippers, *Fino a qual punto l'erede ha facoltà di rivendicare le cose ereditarie alienate dal possessore di b. f. dell'eredità?* (secondo il diritto comune e il cod. civile). Dissert. di Erlangen 1898].

(16) L. 30 D. *h. t.* Francke p. 318 sg.

al risarcimento, egli deve prestare all'erede il suo pieno interesse; per la prova dello stesso vigono i principî generali[17]. Salvochè se una cosa ereditaria è stata alienata nell'interesse della stessa eredità, deve restituirsi soltanto ciò che s'è conseguito per essa[18], come viceversa ciò che s'è conseguito per una cosa ereditaria alienata deve restituirsi sempre, ed anche quando in base al criterio della prestazione dell'interesse non dovrebbe (o non in tale misura) sorgere una ragione contro il possessore[19]. —

---

(17) L. 20 § 21 l. 25 § 10 D. *h. t.* Ord. di proc. civile § 260 [287].

(18) L. 20 § 1. 2 l. 33 § 1 l. 53 D. *h. t.*, l. 20 § 12. 16 *eod.* l. 5 pr. *eod.* Cfr. del resto sulla l. 20 § 2 e sulla l. 33 § 1 citt. Anche Ruhstrat, *Arch. per la prat. civ.* LXVII p. 372 sg., che riferisce questi passi ad un possessore non obbligato al risarcimento e trova in essi espressa un'opinione teorica precedente al *SCum Juventianum.*

(19) Dal punto di vista della prestazione dell'interesse non si dee riconoscere una ragione al prezzo di vendita ottenuto ecc. rivolta contro il possessore di mala fede (e contro il possessore di buona fede dopo la citazione), se la perdita della cosa ereditaria si sarebbe verificata anche senza l'alienazione, — « *si... res... eo modo interierit, quo esset interitura et si eadem causa possessionis mansisset* » l. 36 § 3 D. *h. t.* V. pure l. 33 § 1 *eod.*; la l. 25 § 8 D. *h. t.*, (« *sive autem ab alio res possideatur, sive in totum non exstet, locum habebit haec clausula* ») non considera punto il caso qui indicato. Il diritto all'interesse non tende all'ammontare del prezzo di vendita ottenuto, se la cosa è stata venduta troppo cara, o se essa nel frattempo è diventata deteriore nello stesso modo in cui anche senza la vendita lo sarebbe diventata. L. 36 § 3 D. *h. t.*, cfr. l. 22 *eod.* Ma nel senso che il prezzo di vendita ottenuto debba in ogni caso restituirsi stanno le l. 36 § 3 l. 33 § 1 l. 18 pr. D. *h. t.*, l. 20 § 12. 16 D. *h. t.*, cfr. pure l. 22 D. *h. t.* Come ragione di questa massima nella l. 36 § 3 cit. si allega, che il possessore di mala fede non possa essere in condizione migliore di quello di buona fede, cfr. pure l. 28 l. 33 § 1 *eod.* Ma la ragione decisiva non è questa; altrimenti il possessore di mala fede dovrebbe anche restituire il prezzo di vendita solamente in quanto egli lo abbia ancora, e v. l. 18 pr. D. *h. t.* La vera ragione è, che il prezzo di vendita è subentrato alla cosa venduta e con ciò diventato eredità (nota 4), l. 22 D. *h. t.*, cfr. l. 21 D. *de H. v. A. V.* 18. 4. Quindi il possessore di mala fede risponde del prezzo di vendita a scelta dell'erede, anche se egli posteriormente ha riacquistata la cosa, l. 22 cit. — Se il possessore di mala fede ha venduto troppo a buon mercato, egli, secondo la l. 20 § 21 D. *h. t.*, dee rispondere del « *verum pretium* ». Francke p. 254 riferisce questo passo al caso, in cui, non essendosi alienata la cosa, essa non sarebbe andata perduta per l'erede, ed intende quindi per « *verum pretium* » l'interesse (da determinarsi col giuramento estimatorio).

Come nel caso della perdita del possesso, il possessore risponde anche nel caso di deterioramento di ciò che ha posseduto[20].

3. Dei frutti non percepiti, che un uomo ordinato avrebbe ricavati, il possessore di mala fede risponde fin da principio[21], il possessore di buona fede dopo la citazione[22]; il possessore di mala fede dopo la citazione risponde anche dei maggiori frutti, che l'erede secondo la sua particolare condizione avrebbe potuto ritrarre[23]. Per gli interessi[24] vige lo stesso come per i frutti in senso stretto, salvochè il possessore di mala fede prima della citazione non risponde dei frutti non percepiti[25].

Io non credo ammessibile questa spiegazione, dato il contrapposto di quanto precede immediatamente nel passo.

(20) L. 31 § 3 l. 54 § 2 D. *h. t.*

(21) L. 25 § 4 l. 20 § 2. 12 D. *h. t.*, § 2 I. *de off. iud.* 4. 17.

(22) L. 1 § 1 C. *h. t.*, § 2 I. cit.

(23) Dal punto di vista della mora. Cfr. I § 124 nota 6; di div. op. anche Francke p. 283 sg.

(24) Francke p. 227 sg. 272 sg. 393 sg.

(25) Non gli si può ascrivere a colpa il non aver collocato a frutto il danaro, che aveva nelle mani, poichè avrebbe dovuto far l'impiego a suo rischio; egli non può pretendere di restituire il danaro ereditario permutato in un credito. L. 62 pr. D. *de R. V.* 6. 1.: « *Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area, quae locari solent. Quod non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam heres non atti[n]git, usuras praestare non cogitur: nam etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis foeneretur* ». L. 20 § 14 l. 30 D. *h. t.* Francke p. 272 sg. 318 sg. [Pernice, *Riv. della fond. Sav.* XIX p. 132 sg. (1898) riferisce l'esenzione da interessi del possessore di mala fede soltanto al denaro che conformemente all'intenzione del defunto neppure lo stesso erede darebbe a prestito (*pecunia quam heres non attingit*). Ben a ragione!]. Dopo la citazione il possessore di mala fede risponde degli interessi non ricavati in base al criterio della mora; egli non risponde perchè avrebbe dovuto ricavare interessi, ma perchè l'attore avrebbe potuto ricavarne. L. 20 § 12 i. f. D. *h. t.*, l. 1 C. *de his quae ut ind.* 6. 35. Francke p. 393 sg. — Nel senso che il possessore di buona fede dopo la citazione risponde degli interessi non ricavati, v. l. 20 § 11 D. *h. t.* l. 1 § 1 C. *h. t.* Il concetto è quindi che il possessore di buona fede sicuramente deve essere autorizzato a restituire il danaro ereditario in crediti, se egli anche dopo la citazione lo ha

B. *Ragioni contrarie.*

§ 613.

A favore del possessore sorgono ragioni da farsi valere in via di ritenzione:

1) Dalle spese, che egli ha fatte su cose ereditarie. Ed invero il possessore di buona fede può portare in conto tutte le spese[1], quello di mala fede, soltanto le necessarie e le utili, e solamente in quanto esse ancora attualmente sussistono[2]. Le spese per ottenere i frutti anche qui, come rispetto alla ragione di proprietà, si deducono senz'altro[3].

2) I pagamenti ai creditori dell'eredità[4] possono portarsi in conto dal possessore di buona fede contro cessione del suo diritto di ripetizione acquistato mediante il pagamento; il possessore di mala fede, per poterli portare in conto, deve prestar sicurtà all'erede per ulteriori molestie

---

trasformato in crediti per via d'amministrazione regolare, e che egli quindi d'altra parte deve pure essere obbligato all'impiego regolare del danaro ereditario. Diversamente Francke p. 277 sg., ma, per quanto mi pare, non convincente. V. pure I § 124 nota 6 in fine.

§ 613. (1) Anche le *impensae voluptuariae;* anch'esse diminuiscono la locupletazione per mezzo dell'eredità. L. 38. 39. D. *h. t.* Cfr. I § 195 nota 10. 11. [Leinweber pag. 99 seg. (le spese), pag. 118 seg. (la compensazione fra l'arricchimento e le erogazioni)].

(2) L. 38. 39 § 1 D. *h. t.* Cfr. I § 195 nota 2-4. Spese utili: che sono utili all'erede, cfr. I § 195 nota 7. Dopo la citazione anche a questo riguardo il possessore di buona fede si equipara a quello di mala fede, poichè egli non ha più diritto a trattare la cosa come propria.

(3) Si restituisce soltanto il ricavo netto dei frutti. L. 36 § 5 D. *h. t.*, cfr. I § 195 nota 13. Però si fa ancora in questo caso una differenza fra il possessore di buona fede ed il possessore di mala fede; quegli può anche imputare: «*quodsi sumtum quidem fecit, nihil autem fructum perceperit*», l. 37 D. *h. t.*

(4) Francke p. 322 sg., Vangerow II § 508 Not. Nr. IV, Dernburg, *Compensazione* p. 345 sg. (1ª ediz. p. 325 sg.), Ruhstrat, *Arch. per la prat. civ.* LXVII p. 417 sg. [Perkuhn, *Condizione giuridica del possessore dell'eredità*

da parte dei creditori dell'eredità[5]. I pagamenti fatti a non creditori non possono portarsi in conto neppure dal possessore di buona fede; diversamente se egli ha pagato in buona fede un legato non sussistente in diritto[6]. A pagarsi dei suoi crediti verso il defunto, il possessore di buona fede è incondizionatamente autorizzato, quello di mala fede soltanto se il pagamento stava nell'interesse dell'eredità; ma sotto questa presupposizione v'è anche obbligato[7].

C. *Presupposizioni.*

§ 614.

Affinchè i principî indicati nei due precedenti paragrafi abbiano luogo,

1) non si richiede invero nella persona di colui, contro il quale la ragione è proposta, che egli possegga l'intiera eredità, ma bensì che possegga eredità, poco o molto[1],

---

istituito nel testamento e dell'erede in ordine ai debiti ereditari e ai legati pagati dal primo, secondo il dir. comune e il cod. civile. Dissertaz. di Erlangen 1900].

(5) L. 31 pr. D. *h. t.* L'erede ad onta del pagamento fatto dal possessore, poichè esso non ha avuto luogo a nome dell'erede, è pur sempre rimasto debitore; cfr. II § 342 nota 22, Ruhstrat op. cit. p. 419 sg. Ma il possessore di buona fede può addurre che egli ha speso il suo danaro per l'eredità e che in luogo dello stesso ha soltanto ancora un diritto di ripetizione, mentre il possessore di mala fede nè ha contro l'erede l'eccezione dello speso, nè ha un diritto di ripetizione verso il creditore, poichè egli ha pagato scientemente un *indebitum*. Ma il possessore di mala fede può bene, in rappresentanza dell'erede di fronte al creditore, eccepire che questi nel risultato abbia pur sempre ricevuto ciò che gli è dovuto, e questa eccezione può poi anche l'erede stesso opporla al creditore. L. 31 pr. cit. i. f., l. 61 D. *de sol.* 46. 3.

(6) L. 20 § 18 D. *h. t.*, cfr. l. 2 § 7 D. *de H. v. A. V.* 18. 4; l. 17 D. *h. t.* cfr. l. 2 § 1 l. 3. 4 D. *de cond. ind.* 12. 6. Cfr. anche sulla questione, se ciò che è riconosciuto pei legati supposti debba valere in egual modo pei supposti debiti ereditari, Francke p. 196 sg. 248 sg., Vangerow op. cit. Nr. 1 seconda metà, Ruhstrat, *Arch. per la prat. civ.* LXVII p. 386 sg.

(7) L. 31 § 1. 2 D. *h. t.*

(1) L. 4. 9. 10 pr. § 1 D. *h. t.*, l. 16 D. *si quis om. causa test.* 29. 4. L. 9. 10 pr.citt. « *Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis qui*

ma come eredità[2]. In questa maniera possiede: *a*) chi si attribuisce diritto di erede[3]; *b*) chi pel suo possesso non invoca alcuna ragione giustificativa[4]. Contro colui invece

---

vel ius... possidet vel rem hereditariam, licet minimam ». Come *iuris possessor* si concepisce anche il debitore ereditario, l. 13 § 15 D. *h. t.* V. pure l. 16 § 4 D. 5. 3. [Leonhard p. 6 e sg., Leinweber p. 4 e sg. il quale però a p. 5[1] interpreta erroneamente l'*anche* di quest'ultima proposizione di W. Trib. dell'Imp. *Sent.* XXVIII p. 172 in basso].

(2) Contro l'opinione di Fabricius (§ 611 nota*), che la *hereditatis petitio* proceda soltanto contro chi si è in tutto od in parte impadronito d'una EREDITÀ DALL'EREDE ANCORA NON POSSEDUTA v. Arndts, *Contributi* p. 1 sg., Vangerow § 505 osserv. [Rossdeutscher, *La legittimazione passiva nella « rei vindicatio », nella publiciana e nella hereditatis petitio*, Dissert. di Erlangen 1899].

(3) Egli possiede « *pro herede* ». L. 9 l. 11 pr. l. 20 § 13 D. *h. t.* Che egli contrasti semplicemente il diritto ereditario dell'attore, non basta. L. 42 D. *h. t.* Cfr. Zimmermann p. 219 sg., Unger § 50 not. 10. Seuff., *Arch.* XXXV. 141. L'esecutore testamentario rispetto all'erede *ab intestato* che impugna il testamento: Seuff., *Arch.* XXIII. 235.

(4) Egli possiede « *pro possessore* ». L. 9 D. *h. t.* (nota 1): — « *eum demum teneri petitione hereditatis, qui... pro herede vel pro possessore possidet...* ». L. 11 § 1 — l. 13 pr. D. *h. t.* « *Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit: quia possideo, nec contendet se heredem vel per mendacium, nec ullam causam possessionis possit dicere, et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur* ». L. 13 § 1 D. *eod.*, l. 16 § 4 eod., l. 14 § 2 D. *quod met. c.* 4. 2, l. 6 § 6 l. 22 § 1 D. *de act. rer. am.* 25. 2 l. 13 § 1 l. 14 pr. D. *de serv. corr.* 11. 3. Seuff., *Arch.* XI. 59, XXXV. 140, XLI. 26. Fitting, *Arch. per la prat. civ.* LII p. 242 not. 150, in quanto egli traduce il « *vel* » nella l. 12 cit. con « *oppure* », ritiene che vi sia *pro possessore possessio* anche nel caso in cui il possessore invochi bensì il diritto ereditario, ma sappia che non gli compete alcun diritto ereditario. Contro l'opinione di Fitting sta l'autorità dei Basilici (XLII. 1. 12); a favore di essa, ma non in maniera decisiva, Gai. IV. 144, § 3 I *de interd.* 4. 15. l. 1 § 9 D. *si quis om. causa* 29. 4 (il qual passo parla soltanto d'un *praedo*, quindi d'un possessore di mala fede, ma non d'un *possessor pro possessore*). Contro Fitting si sono dichiarati Leist, *Cont. di Glück.* serie dei libri 37 e 38 I p. 255 sg.; Brinz 2ª ediz. III § 400 nota 56. [Cfr. Leonhard p. 20 e sg., 46 e sg.: il detentore di mala fede di un profitto in danno dell'erede, e senza possesso dell'eredità (p. 54)]; della stessa opinione di Fitting è Köppen p. 295-296 [Leinweber p. 1 e sg.]. Sul modo d'intendere l'equiparazione che il diritto romano fa del possesso *pro possessore* al possesso *pro herede*, vedi Arndts, *Contributi* p. 31. 32, *Diz. G.* p. 210. 211, Francke p. 143. 144, Vangerow II p. 345. Mentre questi scrittori fanno precipuamente valere considerazioni pratiche, io inclinerei a dare il peso principale alla *improba usucapio pro herede*, in forza della quale il possesso *pro possessore* si appalesava quale

che pel suo possesso invoca una qualsiasi ragione giustificativa diversa dal diritto ereditario, non è fondata la ragione ereditaria colle sue regole particolari[5]. Però al possessore che invoca il diritto ereditario, si equipara colui al quale l'eredità è stata rilasciata come legato[6], e colui, che ha acquistata l'eredità per atto fra vivi, almeno in quanto il diritto delle singole ragioni da proporsi contro

---

un attacco rivolto direttamente contro il diritto ereditario. Una volta riconosciuta la massima, se ne sono poi anche invero ricavate conseguenze che non combinano colla *usucapio pro herede*.

(5) L. 4 C. *in quib. caus. cessat* 7. 34. « *Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest. verum his, qui nec pro herede nec pro possessore, sed pro emtore vel donato seu alio titulo res, quae hereditariae sunt vel fuerunt, possident, cum ab his successio vindicari non possit, nihil haec iuris definitio noceat* ». La consapevolezza di non essere proprietari in forza del titolo che s'invoca, non fa sorgere la ragione ereditaria, l. 13 § 8 D. 5. 3, bensì la consapevolezza che il titolo non abbia sussistenza giuridica, l. 13 § 1 D. 5 3. Leinweber p. 11 e sg. I motivi per cui Zimmermann p. 227 sg. in questo ultimo caso vuol tuttavia escludere l'azione ereditaria, quando l'atto è stato concluso collo stesso ereditando, non sono convincenti. Seuff., *Arch.* XXXV. 140. 141 (Trib. dell'Imp., *Sent.* X p. 161. XIX p. 242. V. anche Trib. del'Imp. *Sent.* XVIII p. 179. [XXVIII p. 173: basta che il possessore conoscesse o DOVESSE CONOSCERE la invalidità del preteso titolo]). — Ma *quid*, se il possessore non consegue il possesso in base al titolo, al quale egli fa appello, ma si è di propria autorità messo al possesso delle cose ereditarie? Si afferma che anche in questo caso la *hereditatis petitio* è fondata e se ne trae la conseguenza, o che l'erede di fronte ad un tal possessore non sia tenuto a dare la prova della sua proprietà (cfr. § 615 nota 14), o che egli non sia tenuto a tollerare la controprova della proprietà da parte d'un tale possessore. Così Fabricius p. 171 sg., Arndts, *Contributi* p. 38 sg., *Diz. G.* p. 211 not. 30, *Tratt.* § 531 nota 6, Vangerow § 505 osservaz. Nr. 2, Bähr, *Sentenze del tribunale dell'impero* p. 50. In contrario Savigny, *Riv. per la G. P. stor.* VI p. 251 sg., Brinz 1ª ediz. p. 688 sg., 2ª ediz. III p. 226, Leist, *Cont. di Glück* serie dei libri 37 e 38. II p. 417 sg. Anch'io ritengo quella affermazione non sufficientemente giustificata, v. l. 13 pr. D. *h. t.*: — « *nec ullam causam possessionis possit dicere* », v. pure l. 25 D. *h. t.* La l. 3 C. *quor. bon.* 8. 2 (l. un. C. Th. *eod.* 4. 21) parla soltanto dell'*interdictum quorum bonorum*, ed il trasferimento della sua disposizione alla *hereditatis petitio* è estremamente scabroso. V. in ispecie Brinz 1ª ediz. p. 689 sg. Secondo l'opinione qui sostenuta ha sentenziato il Trib. Sup. d'app. d'Oldenburgo in Seuff., *Arch.* XVIII. 94; secondo quella opposta il Trib. Sup. d'app. di Dresda *ib.* XVIII. 95. Cfr. pure *ib.* XXVII. 149.

(6) L. 20 § 13 D. *h. t.*, l. 1 C. *de inoff. test.* 3. 28, cfr. l. 13 § 2. 6 D. *h. t.* Francke p. 146. [Leonhard p. 25 sg.].

di lui non gli sarebbe vantaggioso[7]. Se muore un possessore contro il quale è fondata la ragione ereditaria, questa ragione trapassa col possesso contro il suo erede, senza che venga in considerazione la opinione propria di costui intorno al fondamento del possesso[8]. — Presupposizione della ragione ereditaria è il possesso attuale; a meno che il possesso sia stato dismesso dolosamente[9]. In un solo caso è tenuto colla ragione ereditaria colui che non ha mai posseduto, chi cioè, sapendo di non possedere, si lascia dolosamente involgere nella causa[10]. Ma in entrambi i casi la ragione trapassa contro l'erede dell'obbligato solamente secondo le regole delle ragioni da delitto[11]. — Se il possessore nega scientemente il possesso e ne vien convinto, deve rilasciare all'attore quanto possiede e procedere poi egli stesso in via d'azione[12].

2) Nella persona di colui, che propone la ragione, è presupposizione della ragione ereditaria il diritto ereditario[13]; all'erede poi si parifica il legatario dell'eredità[14];

---

(7) L. 13 § 4. 5. 8-10 D. *h. t.* L'opinione dominante ritiene, che contro il compratore dell'eredità ecc. sia fondata la *hereditatis petitio* con tutte le sue peculiarità. [Seuff., *Arch.* XLVIII. 41. (Trib. dell'Imp.), Leinweber p. 10. però con modificazioni (p. 27 sg.), Leonhard p. 25 sg.]. In contrario Francke p. 165 sg. con buoni argomenti; v. in ispecie l. 2 C. *h. t.* Cfr. pure Avenarius, *La compra dell'eredità nel diritto romano* [der Erbschaftskauf im röm. Recht] (Lipsia 1877) p. 86 sg. — Seuff., *Arch.* XXI. 244.

(8) L. 13 § 3 D. *h. t.*; la l. 13 § 11 D. *h. t.* va riferita all'erede d'un compratore dell'eredità. Francke p. 163 sg.; Vangerow § 505 osservaz. Nr. 3. Diversamente Fitting, *Arch. per la prat. civ.* LII p. 244. [Diversamente di nuovo Leinweber p. 10 sg. 18 sg. 26, cfr. § 615[14], ancora diversamente Leonhard p. 29 sg., il quale ritiene che colui, come erede del quale il convenuto pretende possedere, non debba punto essere colui, del quale l'attore afferma di essere erede; al che io non posso accedere].

(9) V. § 612 nota 11.

(10) L. 13 § 13 l. 45 D. *h. t.* Cf. I § 196 nota 8.

(11) Cfr. I § 193 nota 8 in f. § 196 nota 8.

(12) L. 80 D. *de R. V.* 6. 1.

(13) Cfr. tit. D. *de possessoria hereditatis petitione* 5. 5. L. 2 D. tit. cit. « *Per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest* ». Contro Fabricius

inoltre il fisco, al quale l'eredità sia devoluta[15], e chi dal fisco ha acquistata l'eredità[16]. Non si richiede un diritto ereditario sulla totalità; anche l'erede parziale ha la ragione ereditaria[17]. Ma egli nel proporre l'azione deve indicare la parte, per la quale afferma di essere erede, eccettuato che egli senza sua colpa sia incerto in proposito[18]. Se la proporzione della quota ereditaria dipende dal numero dei figli, che una donna incinta partorirà, si riservano intanto tre parti per chi sarà da essa partorito[19].

---

p. 177 sg. 209 sg., il quale ritiene l'estensione della *hereditatis petitio* alla *bonorum possessio* un ritrovato dei compilatori, v. Arndts, *Contributi* p. 50 sg., e cfr. in genere Leist, *Cont. del Glück*, serie dei libri 37 e 38 II p. 288 sg.

(14) Tit. Dig. *de fideicommissaria hereditatis petitione* 5. 6. Anche il legatario legale, § 574 Num. 1. 2.

(15) L. 20 § 6. 7 D. *h. t.*

(16) L. 54 pr. D. *h. t.* Anche rispetto ai rapporti di debito egli è trattato come erede, l. 1 C. *de H. v. A. V.* 4. 39. l. 41 D. *de J. F.* 49. 14. Perciò non può neppure equipararsi al compratore ecc. dal fisco il compratore ecc. dall'erede. Ma il compratore ecc. dall'erede non può far valere almeno come cessionario la *hereditatio petitio?* Il compratore ecc. d'una cosa corporale non ha subito acquistata la *rei vindicatio* del venditore. Ma il venditore gli ha pur voluto trasmettere la proprietà. Invece la vendita ecc. d'una eredità non è (in ogni caso, non è secondo la volontà del diritto) rivolta alla trasmissione della eredità, ma alla trasmissione di tutto ciò, che il venditore ecc. ha come erede; e non fa parte di questo anche la ragione ereditaria? Cfr. Francke p. 397 (Diversamente anteriori edizioni [fino alla 5ª]). V. attualmente anche Brinz 2ª ediz. II § 400 nota 14.

(17) C. d. *hereditatis petitio partiaria.* Tit. Dig. *si pars hereditatis petatur* 5. 4. In questo caso l'avversario può essere o no riconosciuto come coerede, ed il riconosciuto come coerede può essere avversario unico, o con lui può esservi un altro. Cfr. in genere Glück VIII p. 2 sg., Arndts, *Diz. G.* p. 213 sg., Sintenis III § 192 C. Seuff., *Arch.* XXVI. 253, XXVII. 150.

(18) L. 1 § 5 D. tit. cit.: — *ubicumque merito quis incertus est, quam partem vindicet, debere ei incertae partis vindicationem concedi.*

(19) V. § 608 nota 1ª. Arndts, *Diz. G.* p. 220-221.

D. *Prova* *.

§ 615.

L'attore nell'azione ereditaria,

1) quanto al suo diritto ereditario, deve provare la morte dell'ereditando, o che sia stata dichiarata la morte di lui[1], inoltre il fatto della propria chiamata. Il fatto dell'acquisto dell'eredità deve provarlo solamente quando il testatore ha prescritto per l'acquisto un termine o una forma particolare[2]. La vocazione testamentaria[2a] si dimostra, trattandosi di un testamento scritto, coll'esibizione dell'atto testamentario, al qual riguardo l'attore in caso di contestazione deve provare l'autenticità della sottoscrizione (o scritturazione[3]) del testatore, e l'osservanza delle formalità testamentarie[4]; il convenuto, le altre cause di non validità, che egli obbietti[5-6]. Però l'esibizione del-

(*) Glück VII p. 493 sg. 503 sg. Arndts, *Diz. G.* V p. 216 sg. Sintenis III § 190. Unger § 51. Köppen, *Trattato* p. 314 sg.

§ 615. (1) V. I § 53.

(2) Cioè ha ritirata l'istituzione di erede per il caso che l'acquisto non avvenisse in determinata forma od entro un certo termine. Cfr. § 568 nota 3. Astraendo da questo caso, è già insita nella proposizione dell'azione una efficace dichiarazione d'acquisto.

(2a) Ciò che si dice in seguito per la chiamata testamentaria vale analogamente anche per la chiamata per contratto ereditario [Legittimazione di fronte ai debitori e creditori: Seuff. XLVII. 207, LII. 227].

(3) V. § 541 nota 5.

(4) Seuff., *Arch.* I. 95 Nr. 8, XI. 256, XIV. 148. Fein, *Cont. del Glück* XLV p. 40 sg.

(5) Come p. es. incapacità del testatore o d'un testimonio testamentario, vizi della dichiarazione di volontà, lesione del diritto degli eredi necessari, confezione d'un nuovo testamento.

(6) L. 11 C. *de probat.* 4. 19. « *Si scriptum heredem ab amita tua vel de testamenti vitio vel quacumque alia ratione non posse obtinere hereditatem probari a te posse confidis, de hac hereditate apud rectorem provinciae agere potes* ». L. 5 C. *de cod.* 6. 36, l. 4 D. *de his quae in test. del.* 28. 4, l. 22 D. *de prob.* 22. 3. V. in genere I, § 133 nota 7, Seuff., *Arch.* I. 95 Nr. 8 in fine.

l'atto testamentario non è incondizionatamente richiesta; se esso accidentalmente è stato distrutto o smarrito[7], la prova del testamento scritto può eziandio fornirsi tanto per mezzo della deposizione dei testimoni adibiti allo stesso (se cioè hanno avuta conoscenza del suo contenuto[8]), quanto anche in ogni altra maniera processualmente ammissibile[9]. La prova del testamento orale viene data o mediante la deposizione di tutti i testimoni adibiti allo stesso[10], o mediante un atto da essi sottoscritto[11]. La prova della vocazione *ab intestato*[12] vien data colla dimostrazione dell'affermato rapporto di parentela o dell'affermato matrimonio. Se il convenuto afferma l'esistenza di un testamento che escluda la successione

---

(7) Cfr. 564 nota 8 ed Arndts p. 218.

(8) L. 30 C. *de test.* 6. 23.

(9) Su ciò non v'è controversia. Seuff., *Arch.* II. 359, XV. 138.

(10) Secondo un'altra opinione basterebbero le asseverazioni di due testimoni. Così pure Seuff., *Arch.* II. 359, cfr. XXXIII. 46. In contrario Glück VII p. 504 sg., XXXV p. 8 sg., Arndts p. 218, Sintenis III § 190 not. 8, Köppen, *Trattato* p. 316, Buchka e Budde, *Decisioni del Trib. Sup. d'app. di Rostock* III p. 264-266 (= Seuff., *Arch.* XIII. 154), *Riv. per l'appl. del d. specialm. in Baviera* XXXVI p. 136 sg. (= Seuff., *Arch.* XXXIII. 45). Effettivamente quell'opinione non è sostenibile. Poichè i testimoni testamentari non ci sono semplicemente per ascoltare il testamento, ma appunto per rendere testimonianza intorno ad esso. V. pure l. 31 C. *de test.* 6. 23, l. 32 C. *de fideicomm.* 6, 42. Nel testamento scritto i testimoni hanno già fatto ciò colla loro sottoscrizione. Sicuramente in questa maniera un testamento orale può assai facilmente andar frustrato per mancanza di prova; « ma i testamenti orali non meritano certo favore » (Arndts op. cit. nota 70 in f.). — L'importanza testè rilevata dei testimoni testamentari esclude anche l'applicabilità della disposizione della legge d'attuazione dell'Ord. di proc. civile § 14 Num. 2. Di div. op. Mandry § 27 nota 39. Dernburg III § 173 nota 3.

(11) Glück XXXV p. 7 sulla nota 7. Seuff., *Arch.* I. 95 Nr. 8. Questa concessione si può difendere avuto riguardo a ciò, che in questo caso si ha pur sempre una attestazione dei testimoni, e avuto riguardo all'Ord. sul Not. tit. II § 5, sebbene in questo passo sembra che si esiga anche la sottoscrizione del testatore e del notaro. — Ma che sia sufficiente anche un documento redatto dal notaro adibito e da due testimoni, come Glück nel luogo cit. alla nota 5 afferma con anteriori pratici, io non saprei giustificarlo.

(12) Glück VII p. 510-512. Linde, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* I p. 160 sg. Arndts, op. cit. p. 219-220, Sintenis III p. 532-533.

intestata, o quella di un più prossimo congiunto, spetta a lui di darne la prova[13].

2) Parimente l'attore, in caso di contestazione, deve provare il possesso di eredità nel convenuto nel senso spiegato al § 614[14]. Secondo la pratica, egli può a questo

---

(13) Seuff., *Arch.* IX. 314, XII. 305, XVI. 130. 254, XX. 78, XXXII. 329. Il convenuto deve dare la prova della parentela più prossima, tanto se affermi di essere egli stesso il parente più prossimo, quanto se affermi che lo sia un altro. Sul primo caso si contrasta (di div. op. Glück, Sintenis, Seuff., *Arch.* I. 258, IX. 315, XXVII. 40); però questa controversia è senza valore pratico, poichè la prova della parentela non può darsi senza che ad un tempo resti provato il grado della parentela. — Lo affermare che l'eccezione del convenuto, che un terzo sia il parente più prossimo, come *exceptio de iure tertii* non sia punto ammissibile (così anche Seuff., *Arch.* I. 258), non abbisogna di confutazione. Seuff., *Arch.* XIV. 149. — Se il convenuto afferma, che un terzo è un parente più prossimo, deve anche provare l'acquisto per parte di costui? Pel sì Seuff., *Arch.* IX. 316; in contrario VIII. 156, XVI. 130 in f. — Gli stessi principî vigono anche per il caso, in cui in base alla successione *ab intestato* non si richiede l'eredità, ma si fa valere una singola ragione ereditaria, ed è inesatta l'affermazione, che l'attore almeno in questo caso debba dare la prova, che egli è il parente prossimiore. Seuff., *Arch.* XVI. 254, XX. 78; in contrario XII. 305, XVI. 130, XXVIII. 38.

(14) Egli deve quindi provare: 1) che il convenuto possiede; 2) che possiede cose ereditarie. Ma secondo il § 612 Num. 1 sono cose ereditarie anche le cose, che sono semplicemente state nel possesso dell'autore, alla cui ritenzione però egli aveva un interesse giuridico, e non si andrà troppo oltre, non esigendo per questo interesse giuridico dall'attore una prova, ma aspettando dal convenuto la prova della mancanza di esso (o della sua cessazione colla morte dell'autore). Seuff., *Arch.*, XVIII. 93, XXI. 62, cfr. pure XIV. 147, Francke p. 205, Bruns, *Azioni possessorie* p. 16. L'attore deve però 3) anche provare, che il convenuto possiede cose ereditarie *pro herede* o *pro possessore*. Se quindi il convenuto invoca il titolo singolare, l'attore, per mantenere salda la sua azione come *hereditatis petitio*, e specialmente quindi per sfuggire alla necessità della prova della proprietà o dell'acquisto di buona fede (v. sopra Num. 2), deve dimostrare, che il convenuto stesso non crede alla verità del suo titolo (§ 614 nota 5). Però ciò non è generalmente riconosciuto; da altri si afferma che la invocazione d'un titolo singolare per parte del convenuto non esclude la *hereditatis petitio;* che piuttosto in questo caso sia dovere del convenuto, dimostrare la verità del suo titolo. Sintenis § 190 not. 35, Dernburg III § 172 nota 16, Köppen, *Trattato* p. 327, Seuff., *Arch.* XVIII. 95, XXXVIII. 141 (Trib. dell'Imp., *Decis.* X p. 162). Io non trovo per questa opinione alcuna giustificazione; la l. 3 C. *quor. bon.* 8. 2, che si è voluta sfruttare anche per questa questione (cfr. § 614 nota 5), non vien qui a taglio, già perchè essa presuppone

fine esigere dal convenuto l'esibizione d'un inventario del patrimonio da confermarsi con giuramento[15].

---

che sia accertato l'arbitrario impossessamento (essendo pure incontroverso che anche l'*interdictum quorum bonorum* era fondato soltanto contro il possessore *pro herede* o *pro possessore*). Il Trib. dell'Imp. loc. cit. adduce, che non si può imporre all'attore « una prova negativa praticamente affatto inconcepibile ». Io non intendo quest'argomento; l'attore non deve invero provare, che il convenuto non possiede in base ad un titolo singolare, ma che il convenuto sa, che il titolo singolare da lui affermato non è giuridicamente sussistente. Contro l'indicata opinione anche Seuff., *Arch.*, V. 203, XVI. 128, XXXV, 140 (p. 206), cfr. XV. 234. Cfr. le indicazioni sulla letteratura § 614 nota 5 [Leinweber p. 12 sg. 16 sg. 23 sg.: la *h. p.* originariamente era concessa soltanto contro colui che pretendeva diritto di erede: poi la si estese, colla tendenza di aprirle l'adito, senza riguardo alla *possessio pro herede* o *pro possessore*, dappertutto dove dal convenuto non si poteva giustificare un titolo singolare o un titolo putativo: di fronte a questa prova l'attore può rendere possibile la *h. p.* col dimostrare che il convenuto conosceva la invalidità del titolo. La base principale per questo assunto è la l. 13 § 11 Dig. 5. 3. Ma se in questo passo si parlasse realmente di cose che il defunto, autore del possessore, possedeva come comprate singolarmente, sarebbe arbitrario far luogo alla *h. p.* solo quando il possessore non provi questo titolo (cfr. § 614[5]). Per l'onere di prova a carico dell'attore circa la qualità del possesso del convenuto sta Leonhard p. 35 sg.; v. tuttavia p. 45]. — Per non istituire un'azione errata, l'attore secondo il diritto romano poteva rivolgere *in iure* al convenuto la domanda, se egli non possedesse *pro herede* o *pro possessore*, l. 11 C. *h. t.* Pel diritto odierno si dà all'attore il diritto, di cumulare colla *hereditatis petitio* eventualmente la *rei vindicatio*, o si concede ben anche al giudice la facoltà di mantener salda senz'altro la proposta *hereditatis petitio* come *rei vindicatio.* Glück VII p. 520, Sintenis III § 190 not. 35. Budde, *Decis. del Trib. sup. d'app. di Rostock* VIII p. 245 (= Seuff., *Arch.* XXXI. 346). In contrario Seuff., *Arch.* V. 203. Cfr. IX. 311 [Se il convenuto assume, come possessore di buona fede, che il suo arricchimento è venuto meno, è tenuto a darne prova. Seuff., *Arch.* LI. 36].

(15) Cfr. Zimmermann p. 463 sg., Bähr, *Ann. per la dogm.* XIII p. 253 sg., Dernburg III § 173 in f., Seuff., *Arch.* VIII. 190, XII. 49. 122. 345. 346, XIII. 105, XVI. 126. 265, XXI. 265, XXXI. 51, cfr. II. 233, VII. 62, XXXIII. 142. 143, XXXIV. 248, XXXVII. 46, XXXIX. 317, XL. 31, XLI. 198, XLIII. 127 (*Decis. del Trib. dell'Imp.* XIV. p. 208), XLVI. 270, [XLVII. 208, XLVIII. 271, LI. 114 (Trib. dell'Imp.), LII. 167, LIII. 18. 240].

E. *Appendice**.

§ 616.

1. L'azione ereditaria contro il possessore dell'eredità (§ 614 n. 1) non solamente è ammissibile, ma, se questi v'insiste, anche necessaria; cioè il possessore dell'eredità può esigere, che ciò che da lui si possiede gli venga richiesto soltanto come eredità e secondo i principî vigenti per l'azione d'eredità, non a stregua di un qualsiasi altro punto di vista giuridico[1]. Anzi, neppure indirettamente

---

(*) Dernburg, *Sul rapporto della hereditatis petitio colle azioni ereditarie singolari* [über das Verhältniss der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen] (1852). V. inoltre: Planck, *Pluralità delle controversie giuridiche nel diritto processuale* [Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Processrecht] p. 226 sg. 504 sg. (1844). Arndts, *Diz. G.* p. 235-238 (1844). Francke, *Commento al titolo delle pandette « de hereditatis petitione »* p. 79 sg. (1864). Bülow, *La teoria delle eccezioni procedurali e le presupposizioni procedurali* [die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen] p. 161 sg. 169 sg. 197 sg. 212 sg. (1868). Planck, recensione di questo scritto, *Riv. crit. trim.* XI p. 183 sg. (1869). Vangerow II § 508, Sintenis III p. 560 sg., Brinz 1ª ediz. § 165, 2ª ediz. III p. 233 sg., Unger § 53, Köppen, *Trattato* p. 305 sg.

§ 616. (1) Contro la *rei vindicatio* egli ha la *exceptio* (anteriormente *praescriptio*) *si* (*quod*) *praeiudicium hereditati non fiat*. Gai. IV. 133, l. 5 § 2 D. *h. t.* l. 12 pr. C. *h. t.* Come fondamento di questa eccezione nelle fonti si allega: « *magnitudo et auctoritas centumviralis iudicii* » l. 12 C. cit., inoltre: « *ne* (*possessor*) *singulis iudiciis vexaretur* », l. 13 § 4 D. *h. t.* Va aggiunto il riguardo alla diversità del contenuto della *hereditatis petitio* e delle azioni singolari, col qual riguardo solamente si spiega la l. 25 § 17 D. *h. t.* (nota 2). Cfr. Dernburg p. 3 sg. 12 sg., Francke p. 85 sg., Vangerow loc. cit. Nr. I in pr., Bülow p. 200, Planck, *Riv. crit. trim.* p. 185. 186. [Leinweber p. 36 sg.]. — L'odierna applicabilità di questa eccezione in generale non vien contrastata, ma da alcuni limitata al caso, che il convenuto mediante l'azione singolare venisse costretto ad una prestazione diversa da quella, che può da lui esigersi colla *hereditatis petitio*. Così Dernburg p. 121. Arndts, *Pand.* § 534. V. pure Planck, *Riv. crit. trim.* p. 190. Cfr. pure Unger p. 246. — Compete l'eccezione anche al possessore *pro possessore?* Pel sì Dernburg p. 52 sg. e dietro a lui Brinz 1ª ediz. p. 701; in contrario Francke p. 144 sg. — Anche al possessore d'una cosa singola ed al debitore dell'eredità, se l'attore possiede l'eredità in complesso? In contrario

per mezzo di un'azione esperita contro un terzo, il possessore dell'eredità può esser costretto ad una prestazione, che egli secondo il diritto dell'azione ereditaria non è obbligato a fare, e quindi il terzo contro un'azione, il cui esperimento avrebbe l'indicato effetto, ha la stessa eccezione, come il possessore stesso dell'eredità [2].

2. [3] Durante la controversia ereditaria i creditori della eredità possono esigere soddisfacimento da ognuno dei due pretendenti [4]. Neppure i legatari devono aspettare ad essere soddisfatti fino all'esito della controversia ereditaria [5]; ma essi devono prestar sicurtà all'onerato per la restituzione nel caso, che nella controversia ereditaria questi avesse a soccombere [6]. — I debitori dell'eredità

Francke p. 92 sg., adducendo che il convenuto se non vuol rinunciare ai vantaggi della *hereditatis petitio*, possa a sua volta proporla. Questa ragione non mi pare vittoriosa. — Sulla l. 13 D. *de exc.* 44. 1 (*exceptio rei in iudicium deductae?* intervento d'ufficio del magistrato?) v. Dernburg p. 54 sg., Francke p. 88 sg., Bülow p. 121 sg. 167 sg.

(2) Cfr. § 612 nota 15.

(3) Arndts p. 235 sg., Planck, *Pluralità* p. 228 sg. 505 sg., Francke p. 95 sg., Vangerow op. cit., § 508 Nr. II. III.

(4) L. 12 § 1 C. *h. t.*, di Giustiniano. Nella giurisprudenza romana si disputava su questa questione, ed anche in essa, a quanto pare, si introduceva la *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat.* La l. 12 cit. comincia: « *Cum hereditatis petitioni locus fuerat, exceptio adsumebatur, quae tuebatur hereditatis petitionem, ne fieret ei praeiudicium; magnitudo enim et auctoritas centumviralis iudicii non patiebatur, per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi. Cumque multae varietates et controversiae veterum exortae sunt, eas certo fine concludentes sancimus...* ». V. del resto anche l. 4 § 1 D. *si cui plus* 35. 3. — Naturalmente colui che ha pagato, se soccombe nella controversia ereditaria, può dall'avversario esigere rifacimento, e non solamente nella sentenza sulla controversia stessa ereditaria. L. 12 § 1 cit. Kämmerer, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* VIII p. 202 sg. — Francke p. 97 sg. crede, con antichi scrittori, che la l. 12 cit. dia ai creditori ereditari un'azione contro l'attore in petizione di eredità solamente sotto la presupposizione, che anche egli possegga una parte dell'eredità. Io non ritengo sufficiente la dimostrazione che se ne è tentata. — Eccezione per il caso, che l'uno dei pretendenti all'eredità sia il fisco, l. 35 D. *de J. F.* 49. 14.

(5) Di div. op. Planck, *Pluralità* p. 505, in quanto egli riferisce all'erede le parole: « *vel si ipse maluerit cett.* » nella l. 12 pr. C. cit.

(6) L. 12 pr. cit. Il legato deve essere restituito cogli utili ricavati; se consiste

non son tenuti prima della decisione della controversia ereditaria a prestare a nessuno dei due pretendenti; soltanto se v'è pericolo nel ritardo, essi sono soggetti alla richiesta del possessore di buona fede dell'eredità [7].

V. Conseguimento del possesso provvisorio dell'eredità.

A. *In base alla giustificata presunzione* (Bescheinigung) *del diritto ereditario* [*].

§ 617.

In certi casi può ottenersi il possesso provvisorio della eredità, mentre la definizione della questione sull'effettivo diritto ereditario resta riservata ad un tempo posteriore.

---

in danaro, col 3 % d'interesse. Cfr. l. 6 D. *h. t.* (« *vel quaerendum an legatum debeatur* » — cioè se anche il legato è contrastato); l. 48 § 1 D. *de leg.* II°. 31, l. 3 § 6-10 l. 4. 8 D. *si cui plus* 35. 3, l. 9 C. *de leg.* 6. 37. Francke p. 107 sg.

(7) L. 49 D. *h. t.* Cfr. l. 5 § 2 D. *h. t.* in relazione alla l. 7 § 2 D. *de iure del.* 28. 8. Altri dànno lo stesso diritto anche all'attore in petizione di eredità. In ogni caso questi può far valere ragioni ereditarie reali contro il possessore delle relative cose, poichè questi col restituirle si libera da ogni obbligazione. — Se il debitore dell'eredità non vuole indugiare il pagamento fino all'esito della controversia ereditaria, egli, volendo andar sicuro, deve farsi dar cauzione da chi riceve il pagamento, o, se nessuno dei contendenti vuole accettare il pagamento a questo modo, fare il deposito giudiziale. L. 1 § 37 D. *dep.* 16. 3. — Cfr. in genere Planck, *Pluralità* p. 228 sg. 508 sg., Arndts p. 237 sg., Dernburg p. 115 sg. *Pand.* III § 174 in f. Francke p. 374 sg. Sintenis III § 192 nota 21, Vangerow II § 508 Nr. II.

(*) Savigny, *Riv. per la GP. stor.* V p. 1 sg. VI p. 229 sg. (1823-1828). Supplemento dell'anno 1849 negli *Scritti vari* II p. 291 sg. Thibaut, *Arch. per la prat. civ.* X p. 456 sg. (1827). V. Löhr *ib.* XII p. 85 sg. (1829). Fabricius, *Mus. renano* IV p. 204 sg. (1833). Rosshirt, *Dir. ereditario testam.* II p. 55 sg. (1840). Arndts, *Contributi* p. 108-112. *Diz. G.* V p. 265-269 (1837. 1844). Gerau, *Riv. per dir. e per la proc. civ.* XX p. 281 sg. (1844). Leist, *La bonorum Possessio* I p. 306 sg. 383 sg. II. 2 p. 163 sg. 257 sg. 290 sg. 340 sg. 465 sg. (1844. 1848). Strippelmann, *Decisioni ecc.* VI p. 111-135 (1851). Leist, *Cont. del Glück,* Serie dei libri 37 e 38 I p. 375 sg. II p. 393 sg. (1870. 1873). Mayer § 134. 136. Vangerow II § 509. 510, Sintenis III § 193, Brinz 1ª ediz. § 164. 165. 2ª ediz. II § 507, Köppen, *Trattato* p. 351 sg., Kipp negli scritti offerti pel giubileo del Windscheid, 1888, p. 67 sg., Ubbelohde,

Il primo di questi casi è quello, in cui un pretendente all'eredità adduce pel suo diritto ereditario invero non una prova, ma però una giustificata presunzione. Anche semplicemente con questa egli supera il possessore della eredità, in quanto costui gli deve intanto rilasciare il possesso dell'eredità e dimostrare il suo preteso poziore diritto ereditario in una causa particolare da intentarsi a sua volta da lui[1]. Su ciò sono da farsi le seguenti più minute osservazioni.

1. Ciò che s'è detto vale soltanto per le cose ereditarie corporali[2].

2. Chi sia possessore, si determina secondo gli stessi principî, come nell'azione ereditaria (§ 614, nota 1)[3]. Lo accampare un titolo singolare nel caso d'impossessamento

---

Gli interdetti del diritto ereditario (Glück serie dei libri 43. 44. vol. III), p. 1 sg. (1891).

(1) In questo senso si è in Germania inteso *ab antico* l'interdetto romano *quorum bonorum;* su ciò non v'è controversia. Cfr. Seuff., *Arch.* II. 77, III. 279, VII. 71, XXVIII. 39, XXIX. 151. Quanto al diritto romano, è accertato, che l'*interdictum quorum bonorum* competeva soltanto a colui, che aveva conseguita la *bonorum possessio.* Ma se esso fosse per lui un mezzo giuridico definitivo o semplicemente provvisorio, è assai controverso; per la prima opinione specialmente Savigny, e dietro a lui Fabricius, in contrario Thibaut, v. Löhr, Mayer, Vangerow, Leist, anche Francke, *Diritto degli eredi necessari* p. 97 sg. Ubbelohde, *Cont. del Glück,* libri 43 e 44, I p. 110 sg. Di fronte all'accordo, che domina sull'odierna applicazione dell'*interdictum quorum bonorum,* questa controversia può e deve qui lasciarsi da banda. — Fonti pel diritto dell'*interdictum quorum bonorum:* Gai. III. 34, IV. 144, § 3 I. *de interd.* 4. 15, Dig. 43. 2 Cod. 8. 2 *quorum bonorum,* v. pure l. 22 C. Th. *quorum appellat.* 11. 36.

(2) L. 2 D. *h. t.*, v. pure l. 3 C. *h. t.* A stregua di questi passi si determina il senso dell'espressione « *universitas bonorum* » nella l. 1 § 1 D. *h. t.* Seuff., *Arch.* III. 280. Di div. op. isolato Gerau p. 314 sg.

(3) L. 1 pr. D. *h. t.*: — « *quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides... quod quidem dolo malo fecisti uti desineres possidere, id illi restituas* ». Era peculiare all'*interdictum quorum bonorum,* che contro lo stesso non potesse farsi valere la *usucapio pro herede*; nel vano lasciato disopra stavano nell'editto le parole: « *possideresve si nihil usucaptum esset* » [A partire da un Senatusconsulto del tempo di Adriano, anche nella *hereditatis petitio* non si poteva più opporre la *usucapio pro herede* al vero erede (Gai. II. 57)].

arbitrario non è però ammissibile in questa controversia[4]. Per giustificata presunzione qui va inteso, che vengano provati od altrimenti accertati fatti, i quali in sè e per sè dànno base al diritto ereditario, mentre altri fatti che se fossero veri escluderebbero tale diritto, nè sono accertati nè possono provarsi prontamente[5].

3. Una particolare applicazione della massima giuridica qui insegnata è, che in base ad un testamento esteriormente esente da vizi, può richiedersi la immissione nel possesso interinale dell'eredità[6].

---

(4) L. 3 C. *h. t.* Cfr. § 614 nota 5. Seuff., *Arch.* XXXV. 141.

(5) Non basta quindi la semiprova, ma è limitata la controprova; vige la « cognizione *prima facie* » (Briegleb, v. in seg.). Di div. op. molti; per questa opinione non si potrà dimostrare un diritto consuetudinario costante. Ma se ciò non è possibile, può farsi richiamo, anche astraendo dalla ripugnanza della idea d'una vittoria processuale sopra semplice verosimiglianza: *a*) alla l. 1 C. *h. t.*: — « *non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris* »; *b*) a ciò, che ad ogni modo nella *missio ex edicto D. Hadriani* (nota 6) l'allegato trattamento processuale si verifica effettivamente. Cfr. in ispecie Briegleb. *Procedura sommaria* p. 205-224: ma anche Leist, *La bonorum possessio* p. 487 sg. *Cont. del Glück* II p. 450, Vangerow II § 509 osservaz. 2 Nr. III, Gerau p. 332 sg., Brinz 2ª ediz. § 406 nota 3, Dernburg III § 159 nota 1. Ubbelohde, *Interdetti* II p. 491 sg.

(6) C. d. *remedium ex l. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo.* Questa massima si presenta nel diritto romano come indipendente dall'*interdictum quorum bonorum.* Adriano, nell'interesse del più celere pagamento delle tasse di successione, aveva data all'erede istituito l'indicata facoltà per il caso, che egli si presentasse entro un anno. Cfr. Paul. *sentent.* III 5 § 14-18. Questa limitazione fu da Giustiniano cancellata. L. 3 C. *de edicto D. Hadriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur* 6. 33. Letteratura speciale di questo mezzo giuridico: v. Löhr, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* VI p. 325 sg., Rosshirt, *Diritto ereditario testam.* II p. 73 sg., Bachofen, *Diritto di pegno* I p. 365 sg., Leist, *La bonorum possessio* II 2 p. 196 sg. 290 sg. 465 sg. *Cont. del Glück* II p. 437 sg.. Strippelmann, *Decisioni ecc.* VI p. 111 sg. Seuff., *Arch.* II, 75. 76, III. 281-286, VI. 229, IX. 317, XII. 50, XIV. 103, XVII. 70, XXXII. 257. Cfr. XXII. 56, XXIX. 45 (contratto ereditario), XLI, 197, XLIV. 114. Cfr. Seuff., *Arch.* XLVII. 207 [Riesebieter, *La immissione provvisoria dell'erede testamentario. Ann. per la dogm.* XXXIV p. 104 sg. (1895)].

B. *Immissione dell'erede non nato* *.

§ 618.

A nome dell'erede non ancora nato, può la madre di lui esigere di venir intanto immessa nel possesso della eredità [1]. Che il figlio da partorirsi dalla donna sia chiamato da testamento o dalla legge, non fa differenza [2]; ma se il figlio non appartiene ai discendenti, la donna viene immessa solamente quando non può procacciarsi in altra maniera il suo sostentamento [3]. L'essere controverso o dubbio, se la donna partorirà un figlio investito del diritto d'erede, non esclude la sua immissione; essa non vien ammessa solamente quando manifestamente si

---

(*) Dig. 37. 9 *de ventre in possessionem mittendo et curatore eius.* — Bachofen, *Diritto di pegno* I p. 328-334. Leist, *La bonorum possessio* II. 1 p. 90 sg. II. 2 p. 341 sg. *Contin. del Glück*, Serie dei libri 37 e 38 IV p. 1-66. Dernburg, *Diritto di pegno* I § 305-306. Ubbelohde, *Arch. per la prat. civ.* LXI p. 11 sg. 39 sg. Sintenis III p. 575-576. Dernburg, *Pand.* III § 159 nota 14 sg. Hellmann, *Scritto pel giubileo del Planck* p. 266. 268. Ubbelohde, *Interdetti* III p. 230 sg. [Contro l'odierna applicabilità dell'istituto].

(1) L'usuale maniera di esprimersi delle fonti è: *venter in possessionem mittitur.* Ma si dice pure: *mulier ventris nomine in possessionem mittitur*, v. p. es. l. 1 § 14 l. 8 D. *h. t.* Dall'altra parte: *qui in utero est in possessionem mittitur*, p. es. l. 2 § 11 D. *ad SC. Tert.* 38. 17. § 618.

(2) L. 6 D. *h. t.* La teoria della *missio ventris* è svolta nelle nostre fonti in connessione alla teoria della *bonorum possessio contra tabulas* (cfr. l. 1 pr. D. *h. t.*: « *vice contra tabulas bonorum possessionis* »); tuttavia « *ventrem praetor ex omnibus partibus edicti mittit in possessionem bonorum* » l. 10 D. *h. t.*, l. 1 § 5 D. *ad SC. Tert.* 38. 17. L. 7 D. *h. t.*

(3) L. 6 D. *h. t.*, cfr. l. 5 pr. D. *h. t.* L' « *extraneus* » della l. 6 cit. è colui, che non appartiene ai *liberi* nel senso dell'editto pretorio (cfr. l. 1 D. *h. t.*), ed i *liberi* nel senso dell'editto pretorio non sono quelli che noi chiamiamo discendenti (§ 577 nota 2). Ma dopo che tutti i discendenti relativamente al diritto ereditario in massima sono stati equiparati, anche relativamente alla immissione che è qui in questione, tutti i discendenti debbono trattarsi come i *liberi* pretorii.

presenta in mala fede[4]. L'immissione non lascia alla donna relativamente all'eredità le mani libere; la donna è soltanto amministratrice dell'eredità, ed essa deve consentire misure di previdenza in egual maniera anche a coloro che saranno gli eredi più prossimi, se essa non partorisce un figlio avente diritto d'erede, come pure ai creditori dell'eredità[5]. Ma di regola, su proposta della donna, l'eredità viene affidata ad un amministratore[6]. Dall'eredità la donna riceve, e questa è la vera causa della sua immissione[7], il sostentamento[8], ed essa non deve rifondere ciò che ha goduto, se era in buona fede, neppure quando non partorisca un figlio avente diritto di erede[9]. Se essa è invece in mala fede, deve rifondere all'erede gli alimenti ricevuti, come ogni altro interesse; però la ragione a ciò si prescrive entro un anno di tempo utile[10]. Una disposizione particolare del diritto romano obbliga la donna anche alla rifusione di tutto ciò che viene a mancare dell'eredità[11]; la ragione a ciò si prescrive nel termine ordinario[12].

---

(4) — « *si manifesta calumnia videbitur eius* », l. 1 § 14 D. *h. t.* L. 1 § 2. 3. 5. 8. 9 *eod.*

(5) L. 1 § 17. 24. 25 D. *h. t.*

(6) L. 1 § 17. 18. 21. 23 D. *h. t.*, l. 5 D. *h. t.* (Bachofen p. 333). Cfr. II § 447 nota 4.

(7) — « *ne forte ei, qui natus bonorum possessor futurus est, denegasse alimenta videamur* », l. 6 D. *h. t.* L. 1 § 2. 15 *eod.*

(8) Per provvedere all'alimentazione della donna può nominarsi un curatore speciale, il quale però può anche essere una stessa persona col curatore della eredità. L. 1 § 17. 18. 19. 20 l. 3. 4. 5 pr. l. 9 D. *h. t.*

(9) L. 1 § 28 l. 3 D. *h. t.*

(10) Dig. 25. 6 *si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur*, Glück XXVIII p. 340-358.

(11) Dig. 25. 5 *si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.*

(12) L. 1 § 4 D. tit. cit. Glück XXVIII p. 340-358.

C. *Immissione secondo l'editto Carboniano* *.

§ 619.

Questa immissione si riferisce al caso, in cui ad un discendente [1], in base alla impugnativa del suo rapporto di figliazione [2], vien contrastato il suo diritto ereditario [3], ed egli ad un tempo è ancora al di sotto della pubertà [4]. In questo caso la decisione sulla controversia ereditaria è differita, finchè il discendente abbia raggiunta la indicata età [5]; ma egli intanto è immesso nel possesso della

(*) Dig. 37. 10. Cod. 6. 17 *de Carboniano edicto.* — Bachofen, *Diritto di pegno* I p. 334-361. Leist, *La bonorum possessio* II. 1 p. 98 sg. II. 2 p. 341 sg. *Cont. del Glück*, Serie dei libri 37 e 38 IV p. 67—139. Ubbelohde, *Arch. per la prat. civ.* LXI p. 16 sg. 41 sg. Vangerow II § 512. Sintenis III § 194 B. Dernburg III § 159, 1, c. Hellmann, *Scritto pel giubileo del Plank* p. 266. 268.

(1) L'editto pretorio parla anche qui soltanto di *liberi;* il *Carbonianum edictum* formava un tutto coll'editto sulla concessione della *bonorum possessio contra tabulas.* L. 1 pr. l. 3 pr. l. 4 D. *h. t.*, l. 6 pr. *eod.* Ma anche qui (cfr. § 618 nota 3) devono ai *liberi* equipararsi gli altri discendenti, dopo che i discendenti come tali sono stati riconosciuti quali aventi diritto d'eredità. Cfr. Sintenis III § 194 nota 19 p. 578. Di div. op. Leist, *Cont. del Glück* p. 138 (il quale concorda relativamente a ciò che s'è detto alla nota 3 del § 618 [p. 61]), perchè l'istituto dal punto di vista pratico non si raccomanda. Cfr. a quest'ultimo riguardo anche Ubbelohde p. 41 sg. § 619.

(2) L. 1 pr. D. *h. t.*: — « *si cui controversia fiat, an inter liberos sit* ». L. 1 § 4 l. 3 § 2 l. 4 l. 7 § 1 D. *h. t.* Cfr. l. 1 § 8 l. 3 § 6 D. *h. t.*

(3) Ed invero solamente in base alla impugnativa del suo rapporto di figliazione; ammesso il rapporto di figliazione, non deve restare più alcuna controversia. L. 1 pr. D. *h. t.*: — « *perinde possessio datur ac si nulla de ea re controversia esset* ». Quindi non viene immesso chi vuol proporre la *querela inofficiosi testamenti* in base al suo controverso rapporto di figliazione, l. 20 D. *de inoff.* 5. 2. — Che il discendente accampi un diritto d'erede *ab intestato*, non è assolutamente necessario; eventualmente anche il diritto d'erede testamentario può dipendere dal rapporto di figliazione, se cioè alcuno è stato istituito erede nella sua qualità di figlio. L. 1 § 8 l. 3 pr. § 2 D. *h. t.*; v. dall'altra parte l. 11 D. *h. t.*

(4) L. 1 pr. D. *h. t.*: — « *et impubes sit* ». L. 3 § 3 D. *h. t.*

(5) L. 1 pr. D. *h. t.*: — « *iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur* ». L. 1 § 11 D. *h. t.*: — « *cum metus potest esse, ne minus idonee defen-*

eredità[6], se non è palmare, che egli, o chi per lui pretende l'eredità, agisca in mala fede[7]. Ma coll'impubere viene immesso anche il suo avversario, se anche questi fa parte dei discendenti, o se l'impubere non dà cauzione[8]. Ha l'amministrazione l'impubere e rispettivamente il suo tutore, se dà cauzione; altrimenti il suo avversario, se la dà; in caso contrario si nomina un amministratore per l'eredità[9]. Se l'impubere ha data cauzione, egli riceve sull'eredità gli alimenti e le spese di educazione; altrimenti soltanto in caso di necessità[10]. Dalla prestazione di cauzione egli riceve anche il vantaggio di essere il convenuto nella causa da istituirsi in seguito[11].

---

datur ». La *causae cognitio* si riferisce a ciò, se eccezionalmente la decisione immediata della contestazione ereditaria non è più favorevole all'impubere, l. 3 § 5 D. *h. t.*

(6) L. 1 pr. D. *h. t.*: — « *causa cognita... possessio datur* ». Su questa *causae cognitio* v. la seguente nota. — La « *possessio* » promessa dal pretore è effettiva, sebbene soltanto interinale (quindi l. 3 § 13 D. *h. t.*), *bonorum possessio*, e come tale è espressamente designata nelle fonti. L. 1 § 8. 9. 10 l. 3 § 2. 3. 4. 5. 13. 14. 15. 16 l. 4 l. 7 § 4. 6. 8 l. 14. 15 D. *h. t.*, l. 1 C. *h. t.* Ma questa *bonorum possessio* è realizzata subito mediante immissione nel possesso; quindi le fonti parlano anche di *missio in possessionem*, così l. 3 § 13 l. 5 § 3 l. 6 § 6 l. 7 § 5 D. *h. t.* Cfr. Bachofen p. 337 sg. (Da altri non si ammette una *missio in possessionem* che abbia luogo simultaneamente alla impartita *bonorum possessio*, cfr. Ubbelohde p. 17 e le citazioni ivi fatte, Leist, *Cont. del Glück* p. 139). Oltre alla « *Carboniana bonorum possessio* », chi non poteva invocare un diritto ereditario civile, doveva però anche « *ordinariam agnoscere* », l. 3 § 15. 16 l. 4 D. *h. t.*, e se egli non lo faceva, l'ordinaria *bonorum possessio* procedeva ulteriormente nel modo usuale, l. 7 § 8 D. *h. t.*, l. 1 § 4 D. *si tab. testam. nullae* 38. 6.

(7) L. 3 § 4 D. *h. t.* « *Causae cognitio in eo vertitur, ut, si manifesta calumnia appareret eorum, qui infantibus bonorum possessionem peterent, non daretur bonorum possessio. Summatim ergo, cum petitur ex Carboniano bonorum possessio, debet praetor cognoscere: et si quidem absolutam causam invenerit evidenterque probatur filium non esse, negare debet ei bonorum possessionem Carbonianam: si vero ambiguam causam, hoc est vel modicum pro puero facientem, ut non videatur evidenter filius non esse, dabit ei Carbonianam bonorum possessionem* ». V. pure l. 2 C. *h. t.* Cfr. Briegleb, *Cause sommarie* [summarische Processe] p. 248 sg. 424 sg. 427 sg.

(8) L. 1 § 1 l. 3 § 5 l. 5 pr. § 1 D. *h. t.*, l. 1 C. *h. t.*

(9) L. 5 § 1. 2. 5 l. 15 D. *h. t.* V. pure l. 7 § 5 D. *h. t.*

(10) L. 5 § 3 l. 6 § 5 D. *h. t.*

(11) L. 6 § 6 D. *h. t.*

D. *Altri casi*[*].

§ 620.

1. Già superiormente (§ 596, note 18. 19 Num. 3) si è osservato, che il tutore d'un demente può per lo stesso acquistare soltanto il possesso provvisorio dell'eredità, e che l'eredità deve restituirsi non solo quando il demente risanato la ripudia, ma anche quando egli muore in istato di demenza[1]. Qui bisogna aggiungere:

a) che l'eredità deve restituirsi a coloro, che sono gli eredi più prossimi all'epoca della morte del demente[2];

b) che agli eredi futuri non deve darsi alcuna cauzione per la restituzione dell'eredità[3], e

c) che la spesa fatta per la persona del demente, se egli non ha altro patrimonio, non occorre sia rifusa[4].

2. Sull'acquisto provvisorio di possesso per parte dell'istituito condizionatamente, v. § 554, note 3-6.

(*) Cfr. oltre ai citati nel § 596 nota 19 Num. 3 ancora Francke, *Commento al titolo delle pandette de hereditatis petitione* p. 384 sg. Sintenis III § 183 not. 11.

(1) L. 7 § 3. 7. 8 C. *de curatore furiosi* 5. 70. Cfr. anche gli altri passi citati al § 596 nota 18. — Sulla particolare opinione di Vangerow relativamente alla natura di questo acquisto provvisorio cfr. § 596 nota 19 Num. 3. Vangerow trae da questa opinione la conseguenza, che non si verifichi nessun diritto di accrescimento a favore dei coeredi del demente, e che quindi non sia a caso che Giustiniano nella l. 7 § 8 cit. non nomina i coeredi.

§ 620.

(2) L. 7 § 8 C. tit. cit.

(3) L. 7 § 8 C. tit. cit.

(4) L. 51 pr. D. *de H. P.* 5. 3. Seuff., *Arch.* XVII. 67. Sonnenschmidt, *Nuove illustrazioni pratiche* [Neue praktische Erörterungen] (Berlino 1877) p. 221 sg.

VI. Alienazione dell'eredità*.

§ 621.

1. L'alienazione dell'eredità non produce una successione universale. L'acquirente non acquista l'eredità come tale, ma entra nei singoli rapporti patrimoniali, appartenenti alla stessa, come singoli[1]. Quindi egli non ha la proprietà delle cose ereditarie prima della tradizione[2]; relativamente ai crediti ereditarî egli è cessionario[3]; dei debiti dell'eredità egli risponde soltanto secondo le regole dell'assunzione di debito[4]. Solamente chi ha acquistata una eredità dal fisco, è successore universale[5].

2. Quanto al rapporto giuridico fra l'erede che aliena e l'acquirente, esso nei particolari si determina secondo

---

(*) Dig. 18. 4 Cod. 4. 39 *de hereditate vel actione vendita.* — Glück XVI p. 309-378. Arndts, *Diz. G.* IV p. 24-26. Keller, *Istituzioni* p. 325-330. L. Avenarius, *La compra dell'eredità nel diritto romano.* Lipsia 1877. (Cfr. *Riv. lett. centrale* 1877 p. 1216). Sintenis III § 206, Unger § 49.

§ 621. (1) Unger not. 3. — Però in un certo senso la *hereditatis petitio* è ammissibile contro di lui. V. § 614 nota 7.

(2) L. 6 C. *h. t.* « *Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit* » L. 14 § 1 D. *h. t.*, l. 4 C. *h. t.* Seuff., *Arch.* XLVII. 120.

(3) *Mandatum actionis:* l. 2 § 8 D. *h. t. Utilis actio*: l. 5 C. *h. t.*, l. 16 pr. D. *de pactis* 2. 14. Diritto odierno della cessione: II § 329. Peculiarità della cessione effettuata precisamente per via di alienazione d'eredità: l'anteriore creditore è subito escluso, l. ult. D. *de transact.* 2. 15 (II § 331 nota 12).

(4) V. II § 338 e § 368 nota 4. *Riv. per l'applic. del d. specialm. in Baviera* XXVIII p. 365. L'ammettere, che già nella compra dell'eredità come tale stia una assunzione dei debiti anche rispetto ai creditori (Gürgens, *Ann. per la dogm.* VIII p. 263, Dernburg III § 168 in f.), io lo ritengo troppo ardito. — Diritto romano: l. 2 C. *h. t.*; ma inoltre anche l. 2 C. *de pactis* 2. 3 (II § 338 nota 2 in f.). — Ciò che vige pei debiti ereditari, vige anche pei legati, l. 2 C. *de leg.* 6. 37.

(5) L. 1 C. *h. t.*, l. 41 D. *de J. F.* 49. 14. Cfr. Arndts, *Riv. pel dir. e per la procedura civile* XIX p. 1 sg. (*Diz. G.* p. 25-26), contro Kämmerer, *Ib.* XI p. 346 sg.

il peculiare contenuto del negozio di alienazione[6]; ma in generale le parti sono scambievolmente obbligate[7], l'una a procurare all'altra ciò che essa avrebbe, se non l'alienante, ma l'acquirente fosse diventato erede[8]. In particolare l'alienante deve consegnare all'acquirente le cose ereditarie[9], e porlo in grado d'esperire le ragioni ereditarie[10]; l'acquirente deve rilevare l'alienante da tutti gli oneri ereditarî e rispettivamente rifondergli quanto ha speso pel soddisfacimento di oneri ereditarî[11]. I diritti e le obbligazioni, che sussistevano fra l'ereditando e l'erede, ma che si sono estinti coll'essere egli diventato erede, devono ripristinarsi a suo favore ed a suo carico; i crediti scaduti di questa fatta devono soddisfarsi subito[12]. Ciò che l'erede ha in buona fede alienato dell'eredità contro correspettivo, egli è tenuto soltanto a restituirlo nell'equivalente ricevuto[13]; in luogo di ciò che ha alienato senza

---

(6) Secondo che è compra, donazione, dazione in pagamento, ecc. Della donazione d'una eredità è fatta parola nella l. 28 D. *de don.* 39. 5.

(7) In base all'alienazione come tale. Sicuramente non secondo il diritto romano.

(8) L. 9 D. *comm. praed.* 8. 4: — « *id agitur, ut quasi tu heres videaris exstitisse...* » L. 2 § 18 D. *h. t.*: — « *aequissimum videtur, emptorem hereditatis vicem heredis obtinere...* » L. 2 pr. D. *h. t.*: — « *cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset...* ». — Le parti devono procurarsi ciò che l'acquirente avrebbe, se fosse DIVENTATO erede; nel dubbio le parti hanno inteso per eredità l'eredità come essa è pervenuta all'alienante. L. 2 § 1 D. *h. t.*

(9) L. 14 § 1 D. *h. t.*, l. 4 C. *h. t.*

(10) Una apposita cessione non è invero necessaria a questo fine (nota 3), ma bensì il fornire dei necessari mezzi di prova (II § 336 nota 1). V. pure l. 2 § 8 D. *h. t.*

(11) L. 2 § 9 D. *h. t.* « *Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere* ». L. 2 § 20 D. *h. t.* In particolare si riferiscono a questo punto specialmente i debiti ereditari e i legati. L. 2 § 3. 7 i. f. l. 24 D. *h. t.*, l. 28 D. *de don.* 39. 5; l. 2 C. *h. t.*, l. 2 C. *de leg.* 6. 37. Vedi inoltre l. 2 § 11 D. *h. t.* (l'erede ha per parte sua dato qualche cosa per l'acquisto dell'eredità); l. 2 § 16 *eod.* (pubblici tributi); l. 2 § 17 *eod.* (spese di seppellimento). Cfr pure l. 2 § 10. 12. 13. 14 l. 18 D. *h. t.*

(12) L. 2 § 6. 15. 18. 19 D. *h. t.*, l. 20 *eod.* l. 9 D. *comm. praed.* 8. 4.

(13) L. 2 § 3 l. 21 D. *h. t.*, l. 2 § 10 i. f. *eod.* — Si tenga fermo, che qui è

correspettivo deve prestarne il valore[14]. Anche per le altre diminuzioni dell'eredità volontariamente prodotte egli deve rifonderne il valore[15], e perfino per quelle causate da sua colpa grave[16]. D'altra parte egli deve comprendere nella restituzione anche l'incremento della eredità[17]. Per l'evizione di singole cose ereditarie egli non risponde, se a questo riguardo non ha assunta alcuna garanzia[18]; ma ben egli risponde della sussistenza del diritto ereditario, sulla cui base egli ha alienato[19] (*g*).

Appendice. Posizione giuridica del fisco, al quale perviene una successione priva d'eredi*.

§ 622.

Il fisco, al quale si devolve una successione vacante, sebbene non sia erede, è tuttavia in luogo d'erede[1], e gli

---

fatta parola soltanto di quelle alienazioni di cose ereditarie, che sono state fatte prima dell'alienazione dell'eredità. Dopo l'alienazione dell'eredità la responsabilità dell'alienante è da misurare secondo il contenuto del negozio di alienazione. Ma a questo riguardo è ancora da osservare, che l'alienante deve sempre restituire ciò che ha conseguito per la cosa ereditaria alienata, anche se per la cosa stessa non lo gravi responsabilità; ciò che ha conseguito è subentrato alla cosa alienata ed in luogo di questa è diventato eredità. Ciò dice del pari la citata l. 21 D. *h. t.*, la quale già superiormente (II § 327 nota 12) è stata considerata sotto un altro aspetto estraneo a questo punto.

(14) L. 2 § 3 D. *h. t.*: — « *sed et rerum ante venditionem donatarum pretia praestari aequitatis ratio exigit* ». Ma appunto perchè questa massima è fondata sulla naturale equità (*bona fides*), non può estendersi al caso della donazione d'eredità.

(15) L. 2 § 5 D. *h. t.*

(16) L. 2 § 5 cit. V. pure l. 2 § 7 D. *h. t.*; dall'altra parte l. 2 § 5 i. f., l. 3 *eod.* Cfr. Unger loc. cit. not. 13.

(17) L. 2 § 8 l. 25 D. *h. t.* Anche la quota di accrescimento? V. su ciò § 603 nota 14.

(18) La quale sta anche nell'alienazione in base ad un inventario.

(19) L. 2 pr. l. 7-9 l. 13 l. 14 § 1 l. 15. 16 D. *h. t.*, l. 1 C. *de evict.* 8. 44 [45]; cfr. l. 10-13 D. *h. t.*

(*) Glück, *Successione ereditaria ab intestato* [Intestaterbfolge] p. 766 sg. (2ª ediz. 1822). Rosshirt, *Introduzione al diritto ereditario* [Einleitung in

compete quindi la ragione ereditaria e l'azione ereditaria[2]. Però esso sopporta i debiti solo fino a concorrenza del patrimonio attivo[3].

I legati esso deve pagarli fino a concorrenza dell'eredità, non solamente quando il testatore lo ha espressamente ordinato[4], ma anche senza un tale ordine[5]. Dopo

---

das Erbrecht] p. 218 sg. (1831). Blume, *Museo renano* IV p. 212 sg. (1833). V. Buchholtz, *Dissertazioni giuridiche* Nr. 4 (1833). Elvers, *Lavori pratici* [praktische Arbeiten] Nr. 2 (1836). C. A. Schmidt, *De successionibus in bona vacantia ex iure Romano* (scritto accademico premiato, 1836). v. Schröter, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* X p. 89 sg. (1837). *Annali crit. per la GP. tedesca* I p. 309 sg. (1837). Schneider, *Il diritto d'accrescimento nei legati* [das Anwachsungsrecht bei Legaten] p. 154 sg. (1837). v. Rummel, *Il rapporto del fisco ai* [das Verhältniss des Fiscus zu den] *bona vacantia* (1840). Heimbach, *Diz. G.* III p. 942 sg. (1841). Keller, *Istituzioni* p. 275 sg. Vangerow § 564. Brinz 1ª ediz. p. 972. 973. 2ª ediz. III p. 450, Unger § 90. Köppen, *Trattato* § 65.

(1) Questa è l'opinione dominante. Di fronte ad essa è stata sostenuta da Blume e da Elvers una anteriore opinione, secondo la quale il fisco non tanto sarebbe in luogo dell'erede, quanto piuttosto solamente occupante di beni senza padrone. Un prospetto (eccellente come sempre) delle ragioni pro e contro in Vangerow loc. cit. — Una conseguenza della opinione qui sostenuta è che sebbene il patrimonio vacante sia situato in diversi territori, pure il tutto si devolve al fisco del domicilio. § 622.

(2) L. 20 § 7 D. *de H. P.* 5. 3.

(3) L. 1 § 1 l. 11 D. *de J. F.* 49. 14. Di questa opinione sono non solo, come s'intende di per sè, i fautori della teoria dell'occupazione, ma, anche fra gli avversari, p. es. Rosshirt, Schneider, Rummel, Keller, similmente Pernice, *Labeo* I p. 348. 349, Danz, *St. del d. rom.* II p. 170 (2ª edizione), Birkmeyer, *Sul patrimonio nel senso giuridico* p. 239 sg. (in modo tutto particolare); in contrario Glück, Buchholtz, Schmidt, Schröter, Vangerow, Brinz, Arndts (*Pand.* § 608). Mi pare, che la più semplice e naturale spiegazione dei passi succitati conduca però all'opinione qui sostenuta. Del resto la controversia è assai poco pratica; poichè difficilmente accadrà, che il fisco non faccia un regolare inventario del patrimonio vacante (cfr. l. 3. 5 C. *de bon. vac.* 10.10), e se non lo fa, esso potrà anche, secondo la opinione qui sostenuta, essere dichiarato obbligato al pagamento integrale dei debiti per avere resa impossibile ai creditori la prova della consistenza dell'eredità. Per l'opinione qui sostenuta si è pronunciato anche il Tribunale dell'Impero, *Sent.* VII p. 152 (Seuff., *Arch.* XXXVIII. 139).

(4) L. 114 § 2 D. *de leg.* I° 30.

(5) L. 96 § 1 D. *de leg.* I° 30, l. 2 § 1 D. *de alim.* 34. 1, l. 14 D. *de I. F.* 49. 14. Di fronte a questi passi che s'esprimono assai genericamente (cfr. anche § 1 I.

quattro anni il fisco non può più far valere il suo diritto[6]. Se esso aliena l'eredità, diventa estraneo ad ogni rapporto colla stessa, ed in ispecie non è più vincolato verso i creditori dell'eredità[7].

Una condizione giuridica pari a quella del fisco assumono anche le corporazioni che gli sono preferite[8] (*h*).

CAPITOLO V.

IL LEGATO*

Introduzione.

§ 623.

Il concetto del legato in generale è già stato indicato al § 533. Esattamente il concetto del legato si può determi-

---

de eo cui libertatis causa bona addicuntur 3. 11, l. 4 § 17 D. *de fideic. lib.* 40. 5), è arbitrario eccettuare i legati lasciati in un testamento per il caso, che al testamento manchi la clausola codicillare. Cfr. Vangerow op. cit. Nr. III e gli scrittori ivi citati.

(6) L. 1 C. *de quadr. praescr.* 7. 37.

(7) L. 1 C. *de H. v. A. V.* 4. 39, l. 41 D. *de I. F.* 49. 14, l. 54 pr. D. *de H. P.* 5. 3. Cfr. § 614 nota 16, § 621 nota 5.

(8) V. § 570 nota 6. 7.

(*) La teoria dei legati sta nelle *Istituz.* II. 20-24, nelle *Pandette* XXX-XXXVI, nel Codice VI. 37-54. Vi s'aggiungono i titoli che trattano dei codicilli. Inst. II. 25, Dig. XXIX. 7, Cod. 6. 36. — Della letteratura va anzitutto rilevata la pur troppo rimasta incompleta esposizione di Arndts, nella *Continuazione del commento delle Pandette di Glück,* in questa continuazione volumi 46. 47. 48. Sez. 1. 2 (1868-1878). Una più breve esposizione fu già data da Arndts nell'anno 1845 nel *Diz. giuridico* di Weiske VI p. 279-344. Nel seguito la citazione dell'Arndts senza ulteriore aggiunta si riferisce all'esposizione menzionata per la prima. — Questa esposizione venne poi proseguita dal Salkowski. Apparsa nel 1889 v. 49, essa comprende la teoria delle obbligazioni del legato e le azioni di legato. [In proposito Hellmann, *Riv. crit. trim.* XXXIV pag. 82 e seg.]. — Similmente incompiuto è lo scritto di M. S. Mayer, *La teoria dei legati e fedecommessi* [die Lehre von den Legaten und Fideicommissen], I[a] parte, 1854. — V. inoltre: Westphal, *Esposizione ermeneutico-sistematica*

nare soltanto in maniera negativa[1]: il legato è una attribuzione per causa di morte, che non è nè istituzione di erede, nè donazione per causa di morte. Al legato sta sempre di fronte un'eredità, il patrimonio del testatore come tutto, e di regola, se è imposto all'erede, contiene una diminuzione dell'eredità[2]. Ma non occorre necessariamente che il legato venga imposto all'erede[3], e, se viene imposto all'erede, può avere per oggetto non solo qualche singola cosa dell'eredità, ma anche l'eredità come tale[4]. Che il legato contenga una liberalità verso il legatario, è il caso normale, ma non appartiene alla sua essenza[5].

---

dei diritti dei legati e fedecommessi [hermeneutisch-systematische Darstellung der Rechte von Legaten und Fideicommissen] 2 vol. 1791. Rosshirt, *La teoria dei legati secondo il diritto romano* [die Lehre von den Vermächtnissen nach römischen Recht] 2 parti, 1835. — Lo scritto di Vering (§ 527 *) tratta della teoria dei legati nel cap. XXI (p. 668-816), il trattato di Tewes (loc. cit.) II p. 218-397. Infine va subito qui menzionato lo scritto di Fein, *Il diritto dei codicilli*, che nella *Continuazione del commento delle Pandette di Glück* forma il 44° ed il 45° volume, apparsi 1851. 1853. — C. Ferrini, *Teoria generale dei legati e fedecommessi secondo il dir. romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*. Milano 1889.

(1) Cfr. su quanto qui è detto Brinz 1ª ediz. p. 866 sg. 2ª ediz., III § 412, Arndts XLVI p. 80 sg., Hartmann, *Sul concetto e la natura dei legati secondo il diritto romano* [über Begriff und Natur der Vermächtnisse nach römischen Recht] (1872), Pfaff e Hofmann, *Commento al codice civile austr.* II p. 316 sg. §623.

(2) L. 116 pr. D. *de leg.* I°: « *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit* ». Regolarmente, non necessariamente: cfr. l. 84 § 6 D. *de leg.* I° ed il *debitum legatum* (§ 658). Hartmann op. cit. p. 10.

(3) V. § 626 Num. 1.

(4) V. § 662 sg.

(5) Invero le fonti chiamano il *legatum* una *donatio testamento*, oppure *a defuncto relicta* (l. 36 D. *de leg.* II°, § 1 I. *de leg.* 2. 20, cfr. § 365 nota 1), ma v. p. es. l. 4 D. *quib. mod. usufr.* 7. 4, l. 9 pr. D. *usufr. quemadm.* 7. 9, l. 29 D. *de usu et usufr.* 33. 2, l. 20 § 1 D. *de bon. lib.* 38. 2, l. 7. 48 D. *de fideic. lib.* 40. 5. Windscheid, *Presupposizione* p. 126, Hartmann op. cit. p. 11 sg. 25 sg. È da porre in rilievo il principale contenuto del citato scritto di Hartmann, che il legato sia una « forma giuridica », colla quale si possa raggiungere qualunque scopo, « che è in armonia colla funzione e destinazione generale dell'ultima volontà ». Cfr. su ciò Karlowa, *Negozio giuridico* p. 277 sg.,

Il legato nel diritto romano si è venuto svolgendo in due forme diverse, quella del *legatum* e quella del *fideicommissum*[6]. Il *legatum* è il legato del diritto civile, il *fideicommissum* deve la sua origine allo straordinario intervento dei pieni poteri imperiali a partire da Augusto. Il pensiero che originariamente stava a base del *fideicommissum* è, che esso non tanto accordi un diritto, quanto imponga un dovere morale[7]. Ma all'adempimento di questo dovere vi fu coazione da prima in singoli casi, poi di regola[8], sebbene la procedura fideicommissaria, finchè è sussistito l'*ordo iudiciorum privatorum*, sia rimasta straordinaria. Siccome il fedecommesso era fuori del campo giuridico, esso originariamente non soggiaceva a nessuna delle regole di diritto vigenti pel legato; ma quanto più si rafforzò come istituto giuridico, tanto più largamente furono ad esso estese queste regole. Però la differenza fra legato e fedecommesso prima di Giustiniano non è mai stata interamente tolta di mezzo[9]; fu solo Giustiniano che la

---

Pfaff e Hofmann op. cit. p. 324 sg. Gli scrittori menzionati in ultimo insegnano (p. 325), che il legato invero non contiene una liberalità, perchè il testatore nulla toglie a sè stesso, bensì un favore; v. in contrario i testi allegati alla linea 3 e sg. di questa nota. Attualmente Brinz 2ª ediz. loc. cit. nota 5: « entrambe le disposizioni » addotte in questi passi « devono considerarsi come un tutto ». Ma allora però il primo legato non è lasciato *donandi animo*. — Dernburg III § 98. — Alla possibilità che il legato abbia un contenuto diverso da quello di diritto patrimoniale, non si è nella precedente esposizione avuto riguardo, di fronte alla evanescente importanza di tal caso. V. § 634 not. 1.

(6) Sulla evoluzione storica del diritto romano dei legati cfr. Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* IX p. 61-134. 247-274, Mayer § 1-8, Köppen, p. 74-96, Schirmer p. 107-124, Arndts XLVI p. 6-80, Hölder, *Contributi alla storia del diritto ereditario romano* [Beiträge zur Geschichte des röm. Erbrechts] p. 72 sg. (su questo Scheurl, *Riv. crit. trim.* XXIV p. 213 sg.). [Bruckner, *Sulla storia del fedecommesso* (zur Gesch. des Fideicommisses) Münch. 1893, su di esso H. Krueger nella *Riv. del Grünhut* XXII p. 325 sg.]

(7) § 1 I. *de fideic. her.* 2. 23: — « *et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur continebantur* ».

(8) § 1. I. cit., pr. I. *de codic.* 2. 25.

(9) Gai. II. 246-289, Ulp. XXV, Paul. *Sentent.* IV. 1. La l. 1 D. *de leg.* I° contiene una evidente interpolazione.

rimosse completamente e dispose che, per tutti i legati, dovesse aver vigore un solo diritto, ed invero nel caso di contraddizione, quello più benigno dei fedecommessi[10].

La seguente esposizione del diritto dei legati si divide in tre sezioni. Nella prima saranno svolti i principî generali per tutti i legati, nella seconda i principî particolari pei legati di contenuto particolare. Ma fra i legati di contenuto particolare il legato di eredità, a causa della sua natura assolutamente peculiare, ha d'uopo d'una separata esposizione.

I. Principî generali.

A. *Le persone che vengono in considerazione nel legato.*

1. Il legante.

§ 624.

È capace di fare un legato soltanto chi può anche nominarsi un erede[1]. La sopravvenienza della capacità dopo fatto il legato, non giova, se non concorre una conferma valida e, specialmente, dichiarata nella debita forma[2]. Però in via d'eccezione i legati che una persona incapace per ragioni giuridiche, ma posteriormente diventata capace, abbia fatto in un codicillo preventivamente confermato mediante un testamento anteriore, vengono mantenuti saldi come parti del testamento, se questo stesso giuridicamente sussista[3].

---

(10) L. 1. 2 C. *communia de legatis et fideicommissis* 6. 43, degli anni 529 e 531. Colla prima di queste costituzioni Giustiniano ha anche abolita la distinzione fino allora sussistente fra le diverse forme dei *legata* relativamente al loro effetto giuridico. Gai. II. 192-223, Ulp. XXIV. 2-14.

(1) L. 2 D. *de leg.* I° « *Sciendum est, eos demum fideicommissum posse relinquere, qui testandi ius habent* ». L. 114 pr. D. *eod.*, l. 1 § 1-5 D. *de leg.* III°, l. 6 § 3 l. 8 § 2 D. *de iure codic.* 29. 7. § 624.

(2) Cfr. l. 1 § 1. 5 D. *de leg.* III°, e su queste Fein XLIV p. 41 sg., Vangerow II § 540 not. Nr. V.

(3) L. 8 § 3 D. *de codic.* 29. 7, l. 12 § 5 D. *de capt.* 49. 15. Fein XLIV p. 53 sg. Cfr. § 630 verso la f.

2. Il legatario (l'onorato).

§ 625.

1. È capace di essere onorato con un legato, fra le persone fisiche, soltanto colui, che può anche essere istituito erede[1]. Ma la esistenza (concepimento) all'epoca della morte dell'ereditando[2] non è necessaria[3]. Quanto alle persone giuridiche sono anche capaci, oltre a quelle che possono essere istituite eredi, tutte le corporazioni[4].

2. Più persone onorate con un legato dividono per capi[5]; anche se il legato è fatto ad eredi, nel dubbio non può considerarsi come volontà del testatore, che essi abbiano a dividere secondo le quote ereditarie[6]. Si divide per capi anche quando un medesimo oggetto è legato a diverse persone non insieme, ma a ciascuna particolar-

---

§ 625. (1) § 24 I. *de leg.* 2. 20. « *Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est* ». Cfr. l. 7 D. *pro leg.* 41. 8, ed in particolare: l. 5 C. *ad leg. Iul. mai.* 9. 8 (« *testamentis extraneorum nihil capiant* »), l. 1 C. *de sec. nupt.* 5. 9 (« *omnium... legatorum fideicommissorum sit expers* »), l. 10 C. *de leg. her.* 6. 58 (« *iure substitutionis* »), l. 5 C. *de incest. nupt.* 5. 5 (« *nihil... praedictis... vel donet superstes, vel moriturus derelinquat* »). Anche la c. d. incapacità (§ 550) si riferisce ai legati, come alle istituzioni d'erede; v. le leggi citate loc. cit. Lo stesso diritto come per le istituzioni d'erede vige similmente rispetto al tempo, pel quale deve esistere la capacità del legatario (§ 549 Num. 1), l. 60 [59] § 4 D. *de her. inst.* 28. 5. Cfr. Arndts XLVI p. 377 nota 7.

(2) Cfr. § 535 Num. 1.

(3) L. 32 § 6 D. *de leg.* II°, l. 22 C. *de leg.* 6. 37. Altri vogliono astrarre dall'indicato requisito soltanto pei fidecommessi familiari, dei quali tratta il passo citato per il primo. Cfr. Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXIX p. 412 sg., Huschke, *T. Flavii Syntrophi donationis instrumentum ineditum* p. 11 sgg., Arndts XLVI p. 410. Cfr. pure Seuff., *Arch.* XII. 174. — Legato ad una fondazione da costituirsi soltanto mediante il legato: cfr. § 549 Num. 2 ed Arndts XLVI p. 413 sg. Seuff., *Arch.* XVIII. 4.

(4) L. 19 [20] D. *de reb. dub.* 34. 5, l. 38 § 6 D. *de leg.* III°. Cfr. § 535 nota 11 sg. L'eredità giacente invece è anche incapace del legato, § 531 nota 10 in f.

(5) L. 19 § 2 D. *de leg.* I°, l. 88 § 6 D. *de leg.* II°, l. un. § 11 C. *de cad. toll.* 6. 51. Cfr. l. 23 § 1 C. *de leg.* 6. 37.

(6) L. 67 § 1 D. *de leg.* I°, l. 25 [24] D. *ad S. C. Treb.* 36. 1, l. 24 [23] *eod.*

mente[7]. Se un medesimo oggetto è legato a diverse persone congiuntamente ed inoltre ad un'altra particolarmente, i nominati congiuntamente ricevono insieme soltanto una parte[8]. Se è legato un oggetto anzitutto ad alcuno intieramente, poi ad un altro in parte, il primo nominato riceve soltanto la parte sopravanzante[9]. — In caso che sieno contemplate più persone, per precetto di Giustiniano, l'" oppure " deve intendersi come " e "[10]; al qual precetto però si fa luogo solamente quando non risulti indubbiamente una diversa volontà del testatore[11]. — Se il legato sia stato fatto a favore di una qualunque fra le persone

---

(7) L. un. § 11 C. *de cad. toll.* 6. 51. Però in questo caso bisogna por mente, se la volontà del testatore non tendeva a ciò, che ciascuno dovesse avere l'oggetto legato, l'uno in natura, l'altro nel suo valore. L. un. § 11 cit. in f., l. 33 D. *de leg.* I°, l. 20 D. *de leg.* III°. (Il diritto anteriore faceva sempre luogo a questo trattamento nel legato *per damnationem*, Gai. II. 205, Ulp. XXIV. 13; sul *legatum sinendi modo* v. Gai. II. 213, l. 14 D. *de usu et usufr.* 33. 2. Ciò fu abrogato da Giustiniano, l. un. § 11 cit.). Bisogna inoltre por mente, se il testatore col legato al secondo non abbia voluto revocare il legato al primo, l. 33 l. 34 pr. D. *de leg.* I°. V. pure nota 9. Arndts XLVI p. 476 sg. Sulla cit. l. 33 D. *de leg.* I° cfr. Gradenwitz, *Interpolazioni* p. 12.

(8) L. 34 pr. D. *de leg.* I°. Arndts XLVI p. 507 sg. Cfr. § 551 nota 2.

(9) L. 23 pr. C. *de leg.* 6. 37. Cfr. § 52 nota 12. Arndts XLVI p. 517 sg.

(10) L. 4 C. *de V. S.* 6. 38. Cfr. II § 297 nota 4, Arndts XLVI p. 453 sg. Bernstein, *Riv. della fondazione Sav.* IV p. 177 sg.

(11) In ispecie la disposizione non vuol certo privare l'onerato del diritto di scelta espressamente assegnatogli dal testatore. Quindi nella l. 16 D. *de leg.* II° (« *Si Titio aut Seio, utri heres vellet, legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur. Si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret; nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri* ») è da ritenere derogata dalla l. 4 C. cit. soltanto la seconda disposizione. Arndts XLVI p. 458. 466 sg. vuol mantenerla salda anch'essa (per il caso della scelta espressamente data all'onerato); Fitting, *Natura delle obbligazioni correali* p. 154 sg. nella nota, è d'opinione, che essa sia stata accolta per significare che colla non ambigua dichiarazione di volontà del testatore anche dopo la l. 4 C. cit. può ancora costituirsi una obbligazione correale. — Inoltre sono attinenti a questo punto le l. 77 § 32 D. *de leg.* II°, l. 3 § 1 D. *de adim.* 34. 4 (Arndts XLVI p. 470 sg.). — Bernstein op. cit. p. 199 vuole, « in quanto la l. 4 C. *de V. S.* 6. 38 non prescrive un'altra cosa e la l. 16 *de leg.* II° non s'oppone », in base alla l. 24 § 17 D. *de fideic. lib.* far luogo alla decisione per sorteggio. Dernburg III § 103 n. 4 e 5.

appartenenti ad una cerchia più precisamente determinata, allora, se l'onerato non faccia la prestazione ad alcuna di esse, tutte sono investite del diritto[12]. Se il testatore ha ordinato, che una data cosa del suo patrimonio debba conservarsi in famiglia[13], ha ragione di credito per l'osservanza di tale disposizione, quando il ricevente trasferisca la cosa ad un estraneo per atto fra vivi o a causa di morte[14], il parente di grado più prossimo[15], in mancanza d'un parente anche il coniuge d'un parente defunto[16].

3. Legatario nel singolo caso è colui al quale il testatore, colla sua disposizione, ha voluto elargire un profitto, e così eventualmente una persona diversa dall'indicata nella disposizione come persona che deve ricevere, o ad un tempo con questa un'altra persona[17].

---

(12) L. 17 § 1 D. *de leg.* II°. « *Si heres damnatus esset, decem uni ex libertis dare, et non constituerit, cui daret, heres omnibus eadem decem praestare cogendus est* ». L. 24. 25 *eod.*, l. 67 § 7 l. 77 § 4 *eod.*, l. 21 § 1 D. *de statu lib.* 40. 7, cfr. l. 16 C. *de fideic.* 7. 4. Fitting op. cit. p. 151 sg. nota 179, certo a torto, equipara questo caso a quello della contemplazione alternativa; v. in contrario Arndts XLVI p. 466 sg. Cfr. pure Leist, *Cont. del Glück*, serie dei libri 37 e 38 IV p. 585 sg.

(13) Cfr. le indicazioni sulla letteratura § 637 nota 3. Leist op. cit. p. 591 sg.

(14) L. 114 § 15-18 D. *de leg.* I°, l. 67 pr. — § 4 l. 69 § 1. 3 D. *de leg.* II°; l. 4 C. *fideic.* 6. 42, l. 88 § 15 D. *de leg.* II°, l. 38 pr. D. *de leg.* III°; l. 120 § 1 D. *de leg.* I°, l. 11 C. *de fideic.* 6. 42; l. 77 § 27 D. *de leg.* II°, Nov. 159 pr. e. 3.

(15) L. 69 § 3 D. *de leg.* II°. Cfr. Seuff., *Arch.* VII. 209. 310.

(16) L. 5 C. *de V. S.* 6. 38. — In questa maniera può essere onerato non solamente il primo, ma anche ogni successivo detentore. V. al riguardo § 637 nota 4 sg.

(17) L. 11 § 22 D. *de leg.* III°. « *Interdum alterius nomen scribitur in testamento, alteri vero fideicommissi petitio ver legati competit* ». L. 3 § 4 D. *de lib. leg.* 34. 3. « *Et est verum, non solum eum, cuius nomen in testamento scriptum est, legatarium habendum, verum eum quoque, qui non est scriptus, si et eius contemplatione liberatio relicta esset* », esempi: l. 49 § 4-7, l. 108 § 13. 14 D. *de leg.* I°, l. 11 § 22 D. *de leg.* III°, l. 28 § 10-12 D. *de lib. leg.* 34. 3; l. 3 § 3-5 D. *de liberat. leg.* 34. 3; l. 69 § 2 D. *de leg.* I°, l. 71 § 3 D. *de cond.* 35. 1. Cfr. Jhering, *Ann. per la dogm.* X p. 253 sg., XXIV p. 165 sg.

—

3. L'onerato del legato*.

§ 626.

1. Può onerarsi di legato chiunque, per la morte dell'ereditando ed in forza della volontà dello stesso, riceve qualche cosa[1]; in particolare: non solamente l'erede testamentario, ma anche l'erede *ab intestato*[2], non meno l'erede contrattuale[3], anche il fisco per il caso che il patrimonio gli pervenga come privo d'erede[4], inoltre il legatario[5], il donatario a causa di morte[6], e chi riceve qualche cosa per l'adempimento della condizione apposta ad un'altra disposizione d'ultima volontà[7]. Anche gli eredi delle indicate persone possono essere onerati d'un legato[8]; similmente l'avente la potestà, che acquista a mezzo del figlio di

---

(*) L'espressione *Vermächtnissträger* (portatore del legato), che altri, ed in ispecie Arndts adoperano, mi pare che non escluda sufficientemente l'idea che non s'intenda l'onerato, ma invece l'onorato. Soltanto il modo verbale: « sopportare (*tragen* — portare) un legato » non si presta ad essere frainteso.

(1) L. 1 § 6 D. *de leg.* III°. « *Sciendum est autem eorum fidei committi quem posse, ad quos aliquid perventurum est morte eius, vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur* ». D'un *legatum* poteva essere onerato soltanto l'erede testamentario; l'erede *ab intestato* no, perchè il *legatum* doveva essere lasciato in un testamento, ma neppure il legatario. Gai. II. 260. 271, Ulp. XXIV. 20, pr. I. *de sing. reb.* 2. 24. § 626.

(2) L. 3 pr. § 1 l. 8 § 1 D. *de iure codic.* 29. 7, l. 92 § 2 D. *de leg.* I°, l. 1 § 7-10 D. *de leg.* III°. Cfr. pure l. 114 pr. D. *de leg.* I°.

(3) Ma naturalmente non DOPO il contratto ereditario, se non è riservata la revoca. Fein, *Cont. del Glück* XLIV p. 197 sg., Hartmann, *Contratti ereditari* p. 55 sg.

(4) L. 114 § 2 D. *de leg.* I°.

(5) Pr. I. *de sing. reb.* 2. 24.

(6) L. 77 § 1 D. *de leg.* II°, l. 3 pr. § 3. 4 D. *de leg.* III°, l. 9 C. *de fideic.* 6. 42. Al donatario per causa di morte può anche dopo la donazione imporsi un legato, se non si è rinunziato alla revoca, cfr. II § 369 nota 4. 5.

(7) L. 96 § 4 D. *de leg.* I°.

(8) L. 5 § 1, l. 6 pr. D. *de leg.* III°, l. 15 D. *de lib. leg.* 34. 3. Sostituito pupillare: § 559 Num. 8. Erede *ab intestato* del pupillo: l. 92 § 2 — l. 94 pr. l. 126 pr. D. *de leg.* I°. Una eccezione nella l. 24 C. *de leg.* 6. 37. Arndts XLVII p. 197 sg.

famiglia onorato[9]. Invece a colui, che riceve qualche cosa bensì per la morte dell'ereditando, ma non in forza della volontà di lui, non può imporsi un legato[10].

2. Più persone onerate di un legato lo sopportano in parti uguali, eccettochè sieno stati onerati eredi come tali; questi sono obbligati al legato secondo il rapporto delle loro quote ereditarie[11]. Più persone onerate alternativamente di un legato sono debitori correali[12].

---

(9) Ulp. XXIV. 21, XXV. 10; l. 11 D. *de leg.* 1°, sul qual frammento va riscontrato Vangerow II § 521 not. 1, Arndts XLVII p. 203. Cfr. pure l. 4 D. *de leg.* III°, l. 62 D. *de leg.* II°.

(10) L. 2 D. *de leg.* III°, l. 31 C. *de fideic.* 6. 42; l. 114 § 1 D. *de leg.* I°, l. 28 D. *de leg.* II°; l. 6 § 1 D. *de leg.* III°.

(11) L. 86 § 3 D. *de leg.* I°, l. 124 i. f. *eod.* Cfr. l. 77 § 29 D. *de leg.* II°, l. 19 D. *de iure cod.* 29. 7 (Arndts XLVII p. 222 sg.). Che gli onerati lo sieno stati quali eredi, è indubitato, quando la disposizione suoni, che « gli eredi », « i miei eredi » devono soddisfare il legato. Ma *quid* se gli onerati sono stati indicati per nome? Per questo caso offre all'interpretazione un punto d'appoggio assai ovvio la considerazione, che se tutti gli eredi sono stati nominati, il testatore colla loro indicazione nominativa avrà sicuramente voluto qualche cosa di particolare, quindi l'equiparazione dei singoli, poichè altrimenti sarebbe in ogni caso stato più breve esprimersi nella testè indicata maniera o non nominare affatto alcun onerato (nota 13); che invece, se il testatore ha nominato soltanto alcuni degli eredi, egli verosimilmente si sarà appigliato alla indicazione nominativa soltanto per distinguere dai loro coeredi quelli che egli voleva onerare. Però nella giurisprudenza romana era sostenuta anche l'opinione, che la indicazione nominativa degli eredi non escluda l'onerazione per quote ereditarie in alcun caso, come pure quella inversa, che essa la escluda in ogni caso. V. da una parte l. 17 D. *de duob. reis* 45. 2, contro l. 124 D. *de leg.* I° (colla chiusa di questo passo si confronti la l. 37 D. *de stip. serv.* 45. 3, dello stesso autore). Per la conciliazione di questi frammenti si è spesa molta fatica; ma, per quanto io credo e come lo si riconosce anche dalla maggior parte, inutilmente. I frammenti si eliminano quindi reciprocamente, e nulla si frappone a che la suindicata regola, che invero è semplicemente regola d'interpretazione, si ponga a base dell'applicazione del diritto. Una simile diversità d'opinione la giurisprudenza romana mostra relativamente alla questione, in quali parti uno schiavo di più padroni acquisti per essi. V. l. 5, l. 7 pr. l. 37 D. *de stip. serv.* 45. 3. Letteratura: Rosshirt I p. 238 sg. Arndts, *Diz. G.* VI p. 284 sg. Dabis, *Riv. pel dir. e per la proc. civ. N. S.* I p. 406 sg. Gerstlacher, *Sulla teoria del rapporto giuridico fra più eredi onerati d'un legato ed il legatario* [zur Lehre von dem Rechtsverhältniss zwischen mehreren mit einem Legat belasteten Erben und dem Legatar] (Heidelberg 1853). Brinz 1ª ediz. p. 914 sg., Vangerow II § 521

3. Se non sia nominata la persona onerata, il legato va a carico dell'erede o degli eredi, e di questi secondo le loro quote ereditarie[13].

4. Il prelegato*.

§ 627.

La peculiarità del prelegato[1] consiste in ciò, che in esso il legatario è in parte ad un tempo l'onerato del legato. Il

---

not. 3. Dappoi: Arndts, *Cont. del Glück* XLVII p. 228-264 (il quale, confessando la contraddizione, vuol far luogo alla divisione per capi in ogni caso di designazione nominativa degli onerati). Serafini, *Archivio giuridico* 1871 p. 128 sg. (nuovo tentativo di conciliazione: nella l. 17 cit. *idem est* deve essere inteso = *hoc est*). Mehlhaff, *Ib.* XII p. 385 ss. 483 ss. (un altro tentativo di conciliazione: la l. 124 D. *de leg.* I° e la l. 54 § 3 *eod.* devono essere riferite al caso, in cui gli eredi onerati sono divisi in gruppi). Brinz 2ª ediz. III p. 376. Dernburg III § 103 *a* in f. [Werner, *Sulla responsabilità di più persone verso un erede onerato di un legato* (über die Haftung mehrerer mit einem Legat belasteten Erben.) diss. inaug. di Gottinga 1894].

(12) L. 8 § 1 D. *de leg.* I°, l. 25 pr. D. *de leg.* III°. Cfr. II § 297 nota 4. — La solidarietà dell'obbligazione ha luogo anche in caso di indivisibilità del legato, l. 11 § 23. 24 D. *de leg.* III°, l. 7 D. *de serv. leg.* 33. 3, l. 80 § 1 D. *ad leg. Falc.* 35. 2. Cfr. § 299.

(13) L. 33 pr. D. *de leg.* II°.

(*) La più straordinariamente diffusa esposizione della teoria dei prelegati è quella di v. Buchholtz, *La teoria dei prelegati* [die Lehre von den Prälegaten] (1850). Letteratura ulteriore: v. d. Pfordten, *De praelegatis* (1832). Claussen nella *Riv. giuridica*, pubblic. dall'Associazione degli avvocati dello Schleswig-Holstein-Lauenburgo, annata 1845 p. 144 sg. Vangerow, *Arch. per la prat. civ.* XXXV p. 260 sg. (1852). Degenkolb, *De legato quod fiebat per praeceptionem* (1855). Czyhlarz, *Sul legatum per praeceptionem, Riv. trim. austr. di Haimerl* III p. 115 sg. (1859). Arndts, *Cont. del Glück* XLVII p. 1-178 (1871). R. Voss D., *De regula: heredi a semet ipso inutiliter legatur* (1873). Kretschmar, *La natura del prelegato secondo il diritto romano* [die Natur des Prälegates nach Römischem Recht] (1874). (Su questo Czyhlarz, *Riv. crit. trim.* XIX p. 168 sg.). Rosshirt I p. 255 sg. (v. pure LO ST. nella sua *Rivista pel diritto civile e crim.* V p. 268 sg.). Arndts, *Diz. G.* VI p. 288-290. Vangerow II § 523, Sintenis III § 210, Brinz 1ª ediz. p. 910 sg. 2ª ediz. III § 423 *a*, Unger § 55 in f. [Göppert, *Sul fondamento della regola: heredi a semet ipso inutiliter legatur* (Ueber den Grund der Regel: h. a s. i. i. l. Gött. Diss. 1893). Bonfante, *Bull. dell'ist. di dir. rom.* VII. p. 187 seg. (1894)].

(1) L'espressione *praelegatum* non si presenta nelle fonti, mentre ad esse è al tutto usuale l'espressione *praelegare*. Cfr. Buchholtz p. 16 sg. § 627.

prelegato è invero un legato che viene lasciato ad uno fra più eredi a carico degli eredi, quindi anche a suo proprio carico[2]. Il prelegato è nullo per la quota ereditaria del legatario[3], poichè la disposizione, che egli debba ricevere ciò che gli è già dato, contiene in sè una contraddizione[4].

---

(2) Invero linguisticamente non è inesatto il parlare di un prelegato anche quando ad un erede è assegnato un determinato altro erede per la prestazione di un legato; ma un tale legato (astraendo da ciò che può farsi valere anche in sede di divisione ereditaria, l. 17 § 2 D. *de leg.* I°) soggiace interamente agli ordinari principî dei legati. Cfr. Buchholtz p. 144 sg. (Di div. op. relativamente all'indicato modo di far valere il legato Arndts XLVII p. 13 sg. e parzialmente Kretschmar p. 143 nota 74). — L'espressione più naturale per disporre un prelegato è: che l'erede debba preliminarmente avere o prendere qualche cosa dalla eredità, che gli debba essere attribuito un prelievo dalla eredità. Si riferisce a questo punto il *legatum per praeceptionem* dei Romani, Gai. II. 216; cfr. inoltre l. 34 § 1 l. 88 § 3 D. *de leg.* II°, l. 41 § 3 D. *de leg.* III°, l. 32 § 4 D. *de auro* 34. 2. Ma questa maniera d'esprimersi non è necessaria, cfr. l. 104 § 3 D. *de leg.* I° (« *quisquis mihi heres erit, damnas esto Attio heredi decem dare* »), l. 104 § 5 *eod.*, l. 1 § 6 D. *quod leg.* 43. 3, Arndts XLVII p. 30 sg. Il porre in rilievo il contrapposto fra una disposizione, che vuol dare al coerede una antiparte nella divisione ereditaria (« prelievo materiale »), ed il « semplice prelegato » è un concetto sondamentale del citato scritto di Kretschmar. Questi accentua però espressamente, che anche nella disposizione di prelievo è contenuto un legato ordinario. [Bernstein, *Sulla teoria del prelegato romano* (zur Lehre vom Römischen Voraus: leg. per praec.), *Riv. della fond. Savigny* XV p. 26 sg. (1894), contro Ferrini, *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* VIII p. 1 seg. (1895)].

(3) È un « *legatum inutiliter datum* », « *legatum non consistit* ». V. i passi della nota seguente.

(4) « *Heredi a semetipso legari non potest* », Ulp. XXIV. 22. L. 18 l. 34. § 11 l. 116 § 1 D. *de leg.* I°, l. 34 § 1 D. *de leg.* II°. L. 18 § 2 D. *de his quae ut ind.* 34. 9: — « *quamquam legatum pro ipsius parte non constitisset, ideoque portionem istam pro herede possideret* ». L. 40 pr. D. *de leg.* III°, l. 1 § 6 D. *quod leg.* 43. 3. Conseguenze di ciò che il prelegatario non riceve come legatario, ma ritiene come erede: *a*) l. 74. 86 D. *ad leg. Falc.* 35. 2, l. 24 C. *fam. erc.* 3. 36; *b*) l. 19 [18] § 3 D. *ad S. C. Treb.* 36. 1 (cfr. § 666 nota 5). Arndts XLVII p. 77 sg. — Claussen loc. cit. designa questa massima logicamente necessaria come « dogma irrazionale », che i giuristi romani stessi avrebbero nell'applicazione lasciata da un canto. Cfr. in contrario la diffusa confutazione di Vangerow, *Arch.* p. 269 sg., e v. pure Buchholtz p. 200 sg.; dall'altra parte le osservazioni di Kretschmar p. 265 sg. (che io però non ritengo calzanti). — Al concetto qui sostenuto, secondo il quale il prelegato non è valido fin da principio per la quota ereditaria del legatario, se ne contrappone un altro, secondo il quale esso diventa non valido soltanto col fatto che il legatario

Ma se il prelegatario non diventa erede, egli, secondo la presunta volontà dell'ereditando, riceve ciò che gli è legato come legatario anche per la quota corrispondente alla sua parte ereditaria[5]; ciò però non vale anche per i suoi eredi nel caso di sua morte prima dell'adizione dell'eredità[6].

---

divenga erede. Cfr. su questo concetto, pel quale ultimamente si son dichiarati anche Arndts XLVII p. 103 sg., Voss p. 12, Brinz 2ª ediz. passo cit. nota 4: Buchholtz p. 180 sg., Kretschmar p. 29 sg. 224 sg.

(5) L. 17 § 2 l. 18 D. *de leg.* I°, l. 12 C. *de leg.* 6. 37; l. 87. 89. 90 pr. D. *de leg.* I°; l. 12. 18 § 2 D. *de his quae ut ind.* 34. 9. Cfr. l. 88. 90 § 1 D. *de leg.* I°, l. 92 pr. D. *de instr.* 33. 7. Sulla l. 91 § 2 D. *de leg.* I°, che pure si suol riferire a questo punto, cfr. Kretschmar p. 33 sg., ed in generale Buchholtz p. 187 sg., Arndts XLVII p. 82 sg., Kretschmar p. 49 sg. 234 sg. — Come si deve concepire più precisamente, che se il prelegatario non diventa erede, il legato sussiste anche per la sua quota ereditaria? Al concetto, che ritiene la validità iniziale del prelegato (nota 4 in f.), naturalmente questa questione non fa difficoltà alcuna; i fautori dell'opposto concetto divergono nelle opinioni. Buchholtz fa semplicemente diventar valido il legato non valido in base alla volontà del testatore; Vangerow (*Trattato* loc. cit. Nr. IV) assume una ripetizione condizionale della disposizione contenente il legato pel caso che il legatario non diventasse erede. Donello (*Comm. iur. civ.* VIII c. 7 § 8), colla glossa, suppone la condizione di non diventar erede contenuta nel prelegato stesso. Quest'ultima proposizione è forse la giusta. Secondo l'interpretazione, che è invalsa nel diritto romano rispetto al prelegato, essa vuol dire: l'erede deve avere come legatario, in quanto egli non ha già come erede. Nella sostanza questo è anche il concetto di Kretschmar, salvochè questo scrittore designa il rapporto da un altro lato (il testatore onererebbe « primariamente » anche il legatario, « secondariamente » i suoi coeredi soltanto) e si sforza di dimostrare che nel prelegato non è contenuta una condizione « come tale voluta e posta dal testatore », sebbene ammetta che esso venga giuridicamente trattato come condizionale. Dernburg III p. 232.

(6) L. 75 § 1 D. *de leg.* II°. L'interpretazione favorevole, indicata nella nota precedente, non ha luogo, se dalla stessa avrebbero profitto soltanto gli eredi del legatario, ai quali il testatore non ha punto pensato. Questa è la maniera più facile, come io pur sempre credo, di eliminare la difficoltà, che qui oppongono la l. 104 § 6 D. *de leg.* I°, la l. 31 D. *quando dies* 36. 2 e la l. 28 D. *de cond. inst.* 28. 7. Diversamente Vangerow, *Trattato* loc. cit. Nr. IV, ancora diversamente Kretschmar p. 270 sg. — Non sono mancati neppure tentativi di dimostrare, che la l. 75 § 1 cit. non contenga punto la massima indicata nel testo, che anzi agli eredi del legatario attribuisca l'intiero legato. Essi riescono a ciò, che per le « *praeceptionum portiones, quae pro parte coheredum constiterunt* », menzionate nel frammento, vadano intese non parti dei prelievi, ma gli intieri prelievi, con riferimento alle quote ereditarie dei coeredi quali essi

Se il prelegato non è dato al prelegatario solo, ma insieme con un altro, può avvenire in conseguenza del diritto d'accrescimento (§ 644. 645), che non il prelegatario riceva come erede la quota dell'oggetto legato corrispondente alla sua parte ereditaria, ma che la stessa si devolva al collegatario[7]. Al riguardo però si presuppone che il testatore abbia voluto che il prelegatario debba avere soltanto come legatario, e ciò secondo il diritto odierno nel dubbio non può ritenersi[8].

---

vengono a risultare in definitiva. Cfr. Schütze, *Ann. per la dogm.* III p. 418 sg., Arndts XLVII p. 124 sg., Serafini, *Archivio giur.* VII p. 182 ss. (i quali scrittori però nei particolari divergono fra loro, in quanto specialmente Schütze ed Arndts non riferiscono punto il frammento ad un legato). Dernburg III § 115 n. 5.

(7) L. 34 § 11 D. *de leg.* I° « *Si duobus sit legata (sc. res), quorum alter heres institutus sit, a semet ipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit* ». L. 116 § 1 D. *de leg.* I°: — « *si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia heres institutus est, et duobus extraneis, ad heredem, cui legatus est, sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario duobus extraneis concurrentibus non amplius tertia parte: extranei autem et ab ipso herede, cui legatum est, semissem et ab alio herede trientem vindicabunt* ». Se il collegatario è pure erede, si fa luogo a scambievole diritto d'accrescimento, e quindi ogni legatario riceve il legato in ragione della quota ereditaria dell'altro. L. 34 § 12 D. *de leg.* I°. « *Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam* ». V. pure l. 2 pr. D. *de instr.* 33. 7: « *pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit* ». — Questione speciale: in quali proporzioni, se vi sono più di due prelegatari, si fa l'accrescimento, agli altri prelegatari, di ciò che a ciascuno è invalidamente legato? Secondo il mio avviso, di regola in parti uguali, mentre Vangerow (*Arch.* p. 311 sg. *Tratt.* p. 424) si è pronunciato nel senso che ad essi s'accresca secondo quelle parti, per le quali il loro legato giuridicamente sussiste, quindi, p. es., se A è chiamato ad $^1/_6$, B a $^2/_6$, C a $^3/_6$ della eredità, ad A e B secondo il rapporto di 5 a 4, a B e C secondo il rapporto di 4 a 3, ad A e C secondo il rapporto di 5 a 3. Questa opinione, alla quale eventualmente ha acceduto (in contrario Rosshirt nella sua *Riv.* V p. 270 sg.) anche Buchholtz (p. 434 nota 100) io la ritengo inesatta perchè il diritto d'accrescimento fra collegatari ha la sua base in ciò, che a ciascuno è stato legato il tutto, e questo non è meno vero perchè le parti che l'uno e l'altro hanno già sul tutto, sieno di diversa grandezza. Per Vangerow, però senza dimostrazione, Arndts op. cit. p. 159, contro lo stesso Voss p. 67 ss., Brinz 2ª ediz. loc. cit. nota 9.

(8) I Romani ponevano mente all'espressione, a noi non è vietato il por mente

B. *Forma in cui si fa il legato*(*).

1. Testamento e codicillo.

§ 628.

Un legato può farsi validamente in un testamento, ma non è necessario che sia fatto in un testamento. La dispo-

---

all'effettiva volontà. Ma non si può contrastare che l'effettiva volontà del testatore nel dubbio è rivolta soltanto al risultato finale, che vuol provocare, e non alla via giuridica, per la quale esso sia da raggiungere. Se il testatore elargisce quindi ad un erede, congiuntamente ad un'altra persona, un singolo oggetto dell'eredità, egli nel dubbio vuole, che i due onorati abbiano ad essere pari. — Altri trovano l'equiparazione dei legatari già riconosciuta in tutto od in parte nel diritto romano. Così degli anteriori Claussen (pel completo pareggiamento), Buchholtz, Sintenis (pel parziale). V. contro questi Vangerow, *Arch.* p. 265 sg. *Trattato* p. 421 sg. Ma ultimamente Arndts p. 176 sg. e Kretschmar p. 164 sg. hanno di nuovo battuta la stessa strada. Arndts invoca il fatto, che nella compilazione giustinianea sono accolti passi, che, siccome trattano di legati *per damnationem* o di fedecommessi, escludono il diritto d'accrescimento giusta la sua natura (l. 104 § 5 D. *de leg.* I°, l. 34 § 1 D. *de usu et usufr.* 33. 2), e, allegando che la spiegazione storica rispetto a questi frammenti è scabrosa, ed invocando la l. 67 § 1 D. *de leg.* I° (cfr. su questo frammento Vangerow, *Arch.* p. 307 sg. *Tratt.* p. 426), giunge al risultato, che secondo il diritto giustinianeo il diritto d'accrescimento nei prelegati sia da limitare ai casi particolari indicati nella l. 34 § 11. 12 e l. 116 § 1 D. *de leg.* I°; che « forse » si potrebbe ancora andar oltre, e data la contraddizione delle fonti, attenersi alla decisione più semplice e naturale, escludente il diritto di accrescimento. Kretschmar trova anche nel diritto romano classico il diritto d'accrescimento riconosciuto soltanto per il caso, in cui il legato è fatto a coeredi ed estranei, non per quello in cui è fatto a soli coeredi; nella l. 34 § 12 D. *de leg.* I° (nota 7) non sarebbe contenuta una applicazione del diritto d'accrescimento, ma il passo conferirebbe semplicemente il legato fino a concorrenza di ciò per cui è valido rispetto ai diversi legatari. In contrario è da osservare, che anche in questo concetto si muove da che la volontà del testatore dà ad ogni legatario il tutto, nè quindi hanno luogo parti « *ab initio* », nel che appunto consiste l'essenza del diritto d'accrescimento. Sicuramente la parziale invalidità della disposizione del legato implica anche che le parti non nascano solamente « *concursu* », quindi la decisione del *Vat. fr.* 87. Se il concetto esatto fosse quello di Kretschmar, dovrebbe reggersi anche per il caso, in cui i coeredi son più di due, il che, come è pacifico, non accade. — Sul contrapposto fra il concetto romano e l'odierno cfr. pure Kohler, *Ann. per la dogm.* XVIII p. 156 nota 1.

(*) *Inst.* 2. 25 *de codicillis*. Dig. 29. 7 *de iure codicillorum*. Cod. 6. 36 *de codi-*

sizione di legato non fatta in un testamento cade sotto il concetto del codicillo. Con questo nome cioè si indica qualsiasi disposizione d'ultima volontà, che non contiene istituzione d'erede[1].

La forma prescritta pel codicillo si distingue dalla forma testamentaria in ciò[2], che per fare un codicillo non è uopo dell'intervento di sette, ma soltanto di cinque testimoni[3].

---

cillis. — Lo scritto principale sui codicilli è quello di Fein, citato alla nota * in f. del § 623. V. inoltre Witte, *Diz. G.* II p. 670-681 (1844). Rosshirt I p. 1-73. Mayer § 16-29. Vangerow II § 526-528, Sintenis III § 208, Brinz 2ª ediz. III § 424, Unger § 56.

§ 628. (1) Un codicillo può contenere non soltanto legati, ma, p. es., anche disposizioni sopra una tutela (v. II. § 433 nota 6 e Fein XLV p. 166 sg.) e, secondo il diritto romano, manomissione di schiavi. Sul concetto del codicillo v. l. 20 D. *h. t.*, l. 14 C. *de testam.* 6. 23 (entrambe riprodotte al § 538 nota 3), l. 13 § 1 D. *h. t.* Quanto alla denominazione, le fonti usano l'espressione *codicillus* per lo più nel plurale (*codicilli*); il singolare appartiene esclusivamente, o quasi, alla lingua della posteriore epoca imperiale. L. 148 D. *de V. S.* 50. 16; l. 39 D. *h. t.*, l. 38 D. *de cond.* 35. 1; l. 3 C. *h. t.*, l. 14 C. *de testam.* 6. 23, l. 23 pr. § 1 *eod.* ed altre molte. Fein XLIV p. 16 sg. Letteralmente l'espressione si riferisce soltanto a disposizioni scritte; ma di « *codicillis sine scriptis habitis* » parla già Giustiniano (l. 3 pr. C. *de bon. lib.* 6. 4, cfr. pure l. 13 C. *de ss. eccl.* 12), ed a noi la designazione: codicillo orale è affatto abituale. Fein XLIV p. 411 sg. — Come l'essenza del codicillo consiste nel non avere di mira una istituzione d'erede, così d'altra parte nella forma sufficiente per un codicillo non si può fare una disposizione sulla successione ereditaria diretta; « *codicillis hereditas neque dari neque adimi potest* », § 2 I. *h. t.* L. 10 D. *h. t.* l. 2. 7 C. *h. t.* Fein XLIV p. 75-144. L'opinione sostenuta da v. Kräwell, *Arch. per la prat. civ.* XLIII p. 58 sg. XLVI p. 79 sg., che questa massima non viga nel caso, in cui nel testamento è stata attribuita al codicillo piena efficacia testamentaria, si fonda sopra un troppo esteso sfruttamento dell'ammissibilità d'una istituzione d'erede mistica (§ 546 nota 10). Contro questa opinione si sono pronunciati Chop, *Arch. per la prat. civ.* XLIV p. 311 sg. e Windmüller, *ib.* XLV p. 391 sg. Cfr. pure in seguito nota 16. [Inammessibilità della mutazione delle quote ereditarie per via di codicilli. Trib. dell'Imp. *Sent.* XXXI p. 175 sg. Contro questa decisione, con richiamo al fedecommesso universale, a ragione Eck, *Ann. per la dogm.* XXXV p. 311 sg.].

(2) Sulla forma dei codicilli cfr. in particolare anche Danz, *De externa codicillorum forma commentatio*, Lipsiae 1835, e LO ST., *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* IX p. 219 sg. (1836), Bachofen, *Teorie scelte*, p. 316-321.

(3) Originariamente il codicillo non richiedeva alcuna forma, e tracce di questo diritto si trovano ancora nei Digesti. L. 6 § 1. 2 D. *h. t.* l. 89 pr. D. *de leg.* II°, l. 39 § 1 *de leg.* III°; cfr. pure l. 22 C. *de fideic.* 6. 42. Fein XLIV p. 339 sg.

Nel resto per la formazione d'un codicillo deve egualmente osservarsi quanto è prescritto per la formazione d'un testamento[4]. In particolare quindi occorre che i testimoni sieno richiesti[5], che questi sieno capaci secondo le regole

---

Costantino prescrisse per i codicilli *ab intestato*, Teodosio II, per tutti i codicilli l'intervento dello stesso numero di testimoni come per testamenti, cioè di 5 o 7, l. 1 l. 7 § 2 C. Th. *de testam. et codic.* 4. 4. Dopo l'abolizione del testamento innanzi a 5 testimoni (*Nov. Theod.* II tit. XVI), Giustiniano dispose (interpolazione nella l. 8 § 3 C. *h. t.*), che pei codicilli basti il numero di 5 testimoni.

(4) Se anche può parere troppo ardito il ritenere, che già nel senso delle due costituzioni del codice Teodosiano, menzionate nella precedente nota, i codicilli siano relativamente alla forma stati completamente equiparati ai testamenti (cfr. l. 7 C. *h. t.*), la tendenza però a questo pareggiamento apparisce così decisa nella legislazione posteriore a Costantino (v. l. 7 § 2 C. Th. cit., l. 28 pr. § 1 C. *de testam.* 23, l. 8 C. *qui testam.* 6. 22), che può indicarsi come pensiero fondamentale di questa legislazione, e non si va troppo oltre se ai codicilli si trasferiscono le formalità prescritte pei testamenti (astraendo dal numero dei testimoni), anche relativamente a quei punti, pei quali non si può addurre una speciale sanzione legale. Particolarmente istruttiva è a questo riguardo la l. 28 C. *de testam.* 6. 23, nella quale Giustiniano tacitamente presuppone richieste la unità dell'atto e la sottoscrizione del disponente, e perfettamente concorda il concetto della *Ord. sul Not.* § 2 (cfr. § 11). Sicuramente si dice dall'altra parte nel § 3 I. *h. t.*, che i codicilli « *nullam solemnitatem ordinationis desiderant* ». Ma se si volesse intendere questo passo nel senso, che i codicilli non abbisognino punto d'alcuna formalità, si cadrebbe in contraddizione così flagrante col diritto del codice, che si è costretti a dichiarare quel passo un'eco del diritto anteriore (v. nota 3, in contrario certo § 12 I. *de fideic. her.* 2. 23), o ad adottare quella interpretazione, che se ne trova in Teofilo (*ad h. l.*), che esso cioè abbia voluto dichiarare superflua soltanto « τάξιν ἐπὶ τῇ τούτων γραφῇ », ossia un determinato ordine delle disposizioni contenute nel codicillo, come nei testamenti dovea precedere l'istituzione d'erede. Cfr. Fein XLIV p. 403 sg. — Il concetto fondamentale qui sostenuto è specialmente stato difeso da Danz opp. citt. e da Fein XLIV p. 365 sg.; concordano Witte, *Diz. G.* II p. 680, Arndts, *ib.* VI p. 291, Sintenis § 208 not. 3, p. 883. Di div. op. fra i moderni Bachofen loc. cit. e Mayer § 17. 18. Dernburg III § 74.

(5) Non osta la l. 8 § 3 C. *h. t.*: — « *quinque testes vel rogati vel qui fortuito venerint* ». Poichè la stessa disposizione si trova nella redazione originaria del testo nella l. 7 § 2 C. Th. *de testam.* 4. 4, nella quale redazione il testo include pure i testamenti. (La spiegazione di Mayer, che nella legge del Codice Teodosiano riferisce le parole « *vel rogati* » ai testamenti, le parole « *aut qui fortuito venerint* » ai codicilli, è pressochè impossibile). Quelle parole non vogliono dir altro, se non che non v'è bisogno che i testimoni siano appositamente ricercati, cfr. l. 21 § 2 D. *qui testam.* 28. 1. Fein XLIV p. 418 sg. Seuff., *Arch.* XIX. 244.

indicate al § 542[6], che vi sia la unità dell'atto[7], e per i codicilli scritti la sottoscrizione del disponente in presenza dei testimoni[8] e la sottoscrizione e sigillazione per parte dei testimoni in presenza del disponente[9], mentre pei codicilli orali basta la semplice dichiarazione di volontà innanzi ai testimoni[10]. Le facilitazioni, che sono concesse alla forma testamentaria per certi casi (§ 544), si estendono anche ai codicilli[11], come viceversa gli aggravamenti delle formalità testamentarie, che vigono in altri casi (§ 543)[12]. Una disposizione privilegiata come codicillo è la divisione, che gli ascendenti eseguiscono fra i loro discendenti; essa non esige altro che una scrittura sottoscritta dagli ascendenti o dai discendenti[13]. L'affermazione che i codicilli confer-

(6) Fein XLIV p. 434 sg. I legatari sono quindi validi testimoni codicillari. V. pure l. 22 C. *de testam.* 6. 23. Fein p. 455 sg. Di div. op. oltre agli ivi menzionati anche Mayer § 18 nota 7.

(7) L. 28 pr. C. *de testam.* 6. 23. Cfr. l. 8 § 3 C. *h. t.*: « *uno eodemque tempore* » (cfr. § 3 I. *de testam. ord.* 2. 10). Fein XLV p. 1 sg.

(8) L. 28 § 1 C. *de testam.* 6. 23. Fein XLV p. 20 sg. Come pei testamenti, la sottoscrizione del disponente non occorre quando il testatore ha scritto egli stesso il codicillo, e ne ha fatto menzione nel codicillo. L. 28 § 4 cit. [Basta la sottoscrizione mediante crocesegno. Trib. dell'Imp. *Sent.* XXXV p. 135 sg.].

(9) Sottoscrizione: l. 8 § 3 C. *h. t.* Seuff., *Arch.* XV. 137. Cfr. § 541 nota 4. La necessità del sigillamento si desume dal principio (nota 4). Contraria invero l'opinione dominante, anche Danz, Arndts, Sintenis; a favore Fein XLV p. 32 ed eventualmente Mayer § 18 nota 10.

(10) L. 8 § 3 C. *h. t.* Cfr. nota 1.

(11) « *Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere* », l. 21 D. *de R. I.* 50. 17. Cfr. pure l. 17 C. *de testam. mil.* 6. 21 (« *circa ultimas voluntates* »), c. 4 X *de testam.* 3. 26. È intuitivo quindi anche, che un codicillo può farsi nella forma d'un testamento pubblico (§ 545). Fein XLV p. 55 sg. Seuff., *Arch.* XXVI. 250.

(12) Per il codicillo d'un cieco è espressamente prescritto, che tutto debba osservarsi, come pel testamento, l. 8 C. *qui testam.* 6. 22, *Ord. sul Not.* § 11. Glück XXXIV p. 38 sg.; Fein XLV p. 91 sg. Mi pare pieno di difficoltà lo esigere, come Fein op. cit. p. 92 sg., anche pel codicillo (scritto) d'uno incapace a scrivere l'intervento d'un OTTAVO testimonio, invece che d'un sesto. Seuff., *Arch.* XVIII. 262.

(13) Nov. 18 c. 7, Nov. 107 c. 3. Cfr. l. 20 § 3 l. 32. 33 l. 39 § 1 D. *fam. erc.* 10. 2, l. 30 § 3 D. *de adim.* 34. 4, l. 15 D. *de is quae ut ind.* 34. 9, l. 10. 16. 21 C. *fam. erc.* 3. 36; l. 77 § 8 D. *de leg.* II° (Vangerow II § 523 Num. I. A. 3). Fein XLV p. 72 sg.; v. inoltre Mühlenbruch XLII p. 231 sg., v. Buchholtz

mati con testamento non abbisognino d'alcuna forma[14], non è sostenibile[15], sebbene nel testamento o nel codicillo sia lecito quanto al nome del legatario e dell'onerato, come pure quanto al contenuto del legato, rimettersi ad una disposizione senza formalità altrimenti fatta o da farsi[16].

Prelegati p. 233 sg. Sintenis III § 170 in f. V. Polacco, *Della divisione operata da ascendenti fra discendenti*, Verona-Padova 1885. Cfr. Schneider, *Riv. crit. trim.* XXVIII p. 418 sg. Seuff., *Arch.* XXIV. 130, XXVI. 250, XXXVII. 322.

(14) Questa affermazione era anteriormente in teoria ed in pratica la dominante, specialmente in base alle argomentazioni di I. H. Böhmer (*Disp. de codicillis absque testibus validis*, la prima volta Halae 1707, anche *Exerc. ad Pand.* V. 78); attualmente essa è quasi del tutto abbandonata. Fein XLV p. 96 sg. Però essa in una forma limitata (sarebbe valido il codicillo che nel testamento sia espressamente confermato come mancante di formalità) è ancora ultimamente stata sostenuta da v. Kräwell, *Arch. per la prat. civ.* XLIII p. 78 sg. XLVI p. 92 sg.; in contrario Chop, *ib.* XLIV p. 335 sg., Windmüller, *ib.* XLV p. 361 sg.

(15) La disposizione della l. 8 § 3 C. 6. 36. suona affatto genericamente. Se le fonti dichiarano il codicillo testamentario quale parte costitutiva del testamento (§ 630 note 7. 8), da un lato questa sentenza non è limitata ai codicilli confermati, e dall'altro il diritto romano è stato ben lungi dallo sfruttarla astrattamente (§ 630 note 9-11): e il non essere essa stata specialmente applicata alla forma dei codicilli risulta già da che al tempo dei giuristi classici i codicilli non abbisognavano di forma. Arndts, *Diz. giur.* VI p. 291 nota 88, Fein XLV p. 95 sg., Mayer § 22 lett. c., Vangerow II § 526 osserv. 1 n° III, Buchka e Budde, *Sent. del Trib. Sup. d'appello di Rostock* I p. 160-162. 207. Seuff. I. 102, 358, II. 314 (su questa *Arch. per la giurispr. pratica* III p. 134 sg.), IX. 52, XXV. 299, XXXV. 42. Fein l. c. vuol fare eccezione pei codicilli confermati in un testamento posteriore (cfr. anche Puchta § 523 e *Leg.* relative); in contrario a ragione Sintenis III § 208 not. 8 e Vangerow loc. citato. V. però anche la nota seguente.

(16) Ciò che vale per l'istituzione d'erede (§ 546 nota 10), deve valere tanto più pei legati, il che nelle fonti è espressamente riconosciuto, l. 25 [26] D. *de reb. dub.* 34. 5, l. 38 D. *de cond.* 35. 1. Cfr. § 633 nota 11. Per tal modo è poi certamente resa abbastanza illusoria la massima menzionata nella nota precedente. Poichè valida è senza alcun dubbio la disposizione testamentaria: io lego a Tizio tanto, quanto io posteriormente indicherò; valida la disposizione: io lego 100 a ciascuna delle persone, che io posteriormente indicherò; valida quindi anche la disposizione: io lego a quelle persone, che io posteriormente indicherò, gli oggetti o le somme che saranno da me indicate — non valida quindi soltanto la disposizione, che non parla punto di legati, ma soltanto di statuizioni o codicilli in generale. Non si può dire che il legato mistico presup-

2 Il c. d. fedecommesso orale*.

§ 629.

Un legato fatto senza formalità non è incondizionatamente invalido. Se il peso del legato è stato direttamente imposto all'onerato e questi non lo contrasta, egli deve adempierlo, senza poter invocare la mancanza di formalità, e, su richiesta dell'avversario, deve confermare con giuramento la sua impugnativa, presupposto che l'avversario stesso a sua volta presti il giuramento purgativo[1].

---

ponga una decisione di legare, già concepita; poichè v. l. 10 pr. D. *de cond. inst.* 28. 7: — « *si codicillis Seium heredem scripsero, heres esto* », — « *cuius nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto* ». Un caso relativo a questo punto assai istruttivo e trattato con somma accuratezza (Facoltà giuridica di Halle e Trib. Sup. d'app. di Rostock) v. in Buchka e Budde, *Decisioni* I p. 146-213 (Seuff., *Arch.* XI. 55). V. però anche Seuff., *Arch.* XI. 57. [Trib. dell'Imp. *Decis.* XXXI p. 168 sg., cfr. sopra § 546 nota 10.]

(*) G. Ph. v. Bülow, *Dissertazioni* II Nr. 10 (1818). Massot, *Arch. per la GP. prat. N. S.* IV p. 42 sg. (1867). Arndts, *Cont. di Glück* XLVII p. 341-382 (1873). Sonnenschmidt, *Nuove illustrazioni pratiche* [Neue praktische Erörterungen] p. 1-107 (1877). Rosshirt I p. 66 sg. Arndts, *Diz. G.* VI p. 292-293. Mayer § 29. Sintenis III § 208 not. 14, Vangerow II § 528 not. Sullo scritto di Watermeyer, *Il fidecommesso orale ed il suo rapporto al contratto ereditario* [das Oral = Fideicommiss und sein Verhältniss zum Erbvertrag], Brema 1838, v. la calzante osservazione di Vangerow II p. 453.

§ 629. (1) Così dispose Giustiniano nella l. 32 C. *de fideic.* 6. 42, cfr. pure § 12 I. *de fideic. hered.* 2. 23. Erroneo è il concetto, che Giustiniano abbia voluto dichiarare in genere valida la diretta imposizione del legato senza formalità, e che egli non abbia menzionato il giuramento nel senso d'escludere altri mezzi di prova; così Süptitz, *Sulla prova d'un fedecommesso dal testatore oralmente imposto al fiduciario e sul suo effetto giuridico* [Ueber den Beweis eines dem Fiduciar vom Testirer mündlich auferlegten Fideicommisses und dessen rechtliche Wirkung], Helmstädt 1804, al quale tien dietro v. Bülow op. cit. p. 99 sg. Nel concetto di Giustiniano il giuramento da prestarsi per parte di colui contro cui è diretta l'istanza, non è punto un mezzo di prova, ma la convalidazione della sua negativa. Quegli contro cui è diretta la domanda, se « *confiteatur quidem aliquid a se relictum esse, sed ad legis subtilitatem decurrat* », deve, ad onta di questo sotterfugio, fare la prestazione (§ 12 I. cit.): però la sua semplice negazione non gli giova, ma « *dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem* » (l. 32 C. cit.). Perciò neppure è lecito riferire il giura-

Per diretta imposizione del legato si deve intendere un peso imposto oralmente all'onerato[2] od in altra maniera comunicatogli mediante scrittura o messaggio[3].

---

mento (nè lo era prima la *Gewissensvertretung* [rappresentanza di coscienza]). Quindi tale giuramento neppure è escluso dall'Ord. di proc. civ. che non conosce il giuramento purgativo. Di div. op. Dernburg III § 75. Quanto alla prova testimoniale, sta contro la menzionata opinione anche la lettera della disposizione di Giustiniano. « *Cum enim res per testium solemnitatem ostenditur, tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est* ». Cfr. Mayer § 29 nota 17. 18, Vangerow II § 528 osserv. Nr. 2, Arndts, *Cont. del Glück* p. 369 sg., Sonnenschmidt p. 90 sg. Seuff., *Arch.* V. 38, XIII. 47, XVIII. 96 in f., XXVII. 152, XXXIII. 239, XLII. 46, XLIII. 279. — Basta la confessione stragiudiziale? Si afferma in Seuff., *Arch.* V. 38 Nr. 4. Arndts, *Cont. del Glück* p. 366 sg., Sonnenschmidt p. 80 sg. [Il Trib. dell'Impero, *Sent.* XXXII p. 159 sg., considera il giuramento dell'onerato come « di diritto materiale », cioè, come presupposizione della sussistenza materiale del legato, e quindi come indipendente dal mutamento delle norme processuali. Contro il fondamento di questa decisione Seuffert, *Ann. per la dogm.* XXXIV p. 484 sg., il quale però ritiene pure, che in tema di fedecommesso orale nulla sia cambiato all'infuori dell'abolizione del giuramento purgativo.] [V. anche Seuff., *Arch.* XLVII. 123 (eredi del gravato).]

(2) Ma che ciò sia avvenuto nella forma d'un discorso rivolto all'onerato, non è richiesto. Seuff., *Arch.* V. 38 Nr. 1, XXVII. 267. *Arch. per la GP. prat. N. S.* IV p. 48.

(3) Ciò è controverso. Altri escludono la partecipazione per mezzo di messaggieri o di scrittura, od almeno la partecipazione per mezzo di messaggieri, donde deriva anche la designazione menzionata nel titolo di questo §, come pure la designazione *fideicommissum heredi praesenti iniunctum*. Così fra i moderni Witte, *Diz. G.* II p. 681, Mayer § 29 nota 9 sg., Brinz 1ª ediz. p. 888. 889. 2ª ediz. III p. 394, Sonnenschmidt p. 43 sg. e quanto al messaggiero Massot op. cit. p. 424 sg. Seuff., *Arch.* IV. 66, V. 38, IX. 52. Le ragioni fatte valere a favore di questa opinione non sono però convincenti. Se la l. 32 cit. determina il caso, del quale essa parla, nel senso, che il legato sia stato fatto « *sine* SCRIPTURA *et praesentia testium* », con ciò si intende indicare soltanto la mancanza di formalità nell'atto. Se nel passo delle *Istituzioni* si dice, che colui contro il quale si rivolge l'istanza deve giurare « *quod nihil tale a testatore* AUDIVIT », non si ha diritto a sforzare questa espressione. Se infine si accampa che nel caso della partecipazione scritta o fatta per mezzo d'un messaggiero, colui contro cui si rivolge l'istanza possa, relativamente alla verità della comunicazione del messaggiero od alla autenticità della lettera, giurare soltanto *de ignorantia* o *de credulitate*, è arbitrario l'affermare che un tal giuramento, nel senso della costituzione di Giustiniano, sia inammissibile: colui contro il quale si rivolge l'istanza deve giurare la verità della sua dichiarazione (« *dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem* »); se ed in

3. Codicilli testamentari ed « ab intestato ».

§ 630.

I codicilli sono testamentari o *ab intestato*, a seconda che essi sono fatti con riguardo al verificarsi della successione testamentaria o di quella *ab intestato*[1]. I codicilli testamentari si riferiscono o ad un testamento fatto o ad uno da farsi[2]. Essi possono essere o no confermati nel testamento, cui si riferiscono[3]; la portata di questa differenza è però nel diritto Giustinianeo assai scemata[4]. I codicilli testamentari

---

quanto la sua dichiarazione giovi all'avversario, è cosa che riguarda costui. Come qui: Rosshirt I p. 67 sg., Arndts, *Diz. G.* VI p. 292 e *Cont. del Glück* p. 351 sg., Sintenis III § 208 not. 14 Nr. 1. Seuff., *Arch.* VIII. 72. — Ma non si può andar tanto oltre da dichiarar sufficiente anche una lettera diretta all'onerato rinvenuta fra le cose del defunto. Poichè una PARTECIPAZIONE all'onerato Giustiniano la richiede pur sempre; a questo riguardo le parole « *quod nihil tale a testatore audivit* » pongono un limite, che è tanto meno giustificato il varcare, in quanto la mancanza di formalità delle disposizioni d'ultima volontà non merita certo alcun favore. Cfr. del resto Massot op. cit. p. 44. 45. — Ancor meno giustificato è il dichiarare sufficiente una disposizione scritta, non punto rivolta all'onerato (così v. Löhr, *Arch. per la pr. civ.* II p. 188). Seuff., *Arch.* II. 315 (*Arch. per la GP. prat.* III p. 138 sg.), IX. 52, XIV. 150, cfr. XVII. 267. La sentenza XIV. 150 esclude (ma certo a torto) persino il caso in cui l'ereditando ha dato lettura all'onerato della disposizione.

§ 630. (1) *Codicilli ad testamentum — ab intestato facti, codicilli ad testamentum pertinentes.* § 1 I. *h. t.*, l. 16 D. *h. t.*, l. 1 C *h. t.*, l. 8 § 2 D. *de transact.* 2. 15, l. 5 § 14 D. *de his quae ut ind.* 34. 9; l. 6 pr. D. *si quis om. causa test.* 28. 4, l. 81 D. *de leg.* II°. Sulla l. 8 pr. D. *h. t.* v. Fein XLIV p. 152 sg., Mayer § 19 nota 7.

(2) § 1 I. *h. t.*, l. 18 D. *h. t.*

(3) *Codicilli testamento confirmati — non confirmati.* V. p. es. l. 3 § 2. l. 6 § 4 D. *h. t. Codicilli in futurum — in praeteritum confirmati*, l. 8 pr. D. *h. t.* Fein XLIV p. 190-231. [Possono i codicilli testamentari confermati dal testatore venir vincolati nel testamento ad una forma speciale? Seuffert, *Arch.* XLVII. 121 (Decis. Trib. dell'Imp.).]

(4) Dopo la equiparazione dei legati e dei fedecommessi; prima i legati, come tutte le disposizioni dirette, non potevano farsi se non in un codicillo confermato. Gai. II. 270 *a*, Ulp. XXV. 8. Cfr. l. 43 D. *de manum. test.* 40. 4. Nel diritto Giustinianeo fra codicilli confermati e non confermati sussiste, quanto ai legati, soltanto ancora la differenza indicata alla nota 3 del § 624. Astraendo dai

stanno e cadono col testamento, al quale essi si riferiscono[5], mentre per i codicilli *ab intestato* è indifferente chi riceva il patrimonio[6]. I codicilli testamentari, come appendice al testamento, formano in genere una unità collo stesso, epperò è ovvio il concetto, che le disposizioni contenute in essi debbano giuridicamente considerarsi come se fossero nello stesso testamento[7]. Effettivamente il diritto romano ha fatto luogo in singoli rapporti a questo concetto[8], così specialmente nel rapporto che un legato lasciato nel testamento è valido, se un requisito della sua validità sia posto in essere soltanto con una disposizione

legati vige ancora per i codicilli confermati la particolarità, che soltanto in essi può nominarsi un tutore. L. 3 D. *de test. tut.* 26. 2, l. 1 § 1 D. *de conf. tut.* 26. 3. Fein p. 229 sg.; di div. opin. anche a questo riguardo Mayer § 21 nota 22.

(5) L. 3 § 2 D. *h. t.* « *Testamento facto, etiamsi codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. Denique si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex huiusmodi codicillis nullius momenti erit* ». L. 16 D. *h. t.*: — « *testamento autem facto ius sequuntur eius* ». L. 8 § 3 D. *h. t.*, l. 1 C. *h. t.*, l. 81 D. *de leg.* II°, l. 5 § 14 D. *de his quae ut ind.* 34. 9. Fein XLIV p. 146 sg., Mayer § 21 nota 7-16. Nulla però impedisce al disponente di riferire il codicillo testamentario eventualmente anche ad un altro testamento od anche alla successione *ab intestato*. L. 9 D. *de leg.* III°.

(6) L. 16 D. *h. t.* « *Ab intestato factis codicillis relicta etiam postea natus intestati successor debebit; quicumque enim ab intestato successerit, locum habent codicilli, nam unus casus est... Et ut manifestius dicam, intestato patrefamilias mortuo nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent* ». L. 2 D. *de fideicom. lib.* 40. 5. Ma il codicillo *ab intestato* può anche essere limitato ad un determinato caso o a determinati casi della successione intestata. — Sui codicilli senza testamento in genere v. pure Fein XLIV p. 305-339, Mayer § 19 nota 8 sg.

(7) L. 14 D. *h. t.*: — « *codicilli pro parte testamenti habentur* ». L. 11 D. *test. quemadm.* 29. 3: — « *codicilli pars intelleguntur testamenti* ».

(8) Come regola esso è espresso nella l. 2 § 2 D. *h. t.* « *Codicillorum ius singulare est, ut, quaecunque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent* ». V. inoltre l. 14 pr. D. *h. t.* — « *Sabini et Cassii collectio... illa est, quod codicilli pro parte testamenti habentur observationemque et legem iuris inde traditam servent* ». L. 7 § 1 D. *h. t.* (nota 11). Fein usa per questa regola l'espressione: finzione di diritto codicillare. V. LO ST. XLIV p. 233-305, Mayer § 22, Vangerow § 526 osserv. 1 Nr. II. Su ciò, che la regola non è limitata ai codicilli confermati, v. Fein op. cit. p. 285 sg.

fatta nel codicillo[9]; v. inoltre § 624 nota 2. 3[10]. Ma in altri rapporti il diritto romano ha espressamente declinate le conseguenze di quel concetto[11].

---

(9) L. 8 § 5 D. *h. t.* « *Si ei servo, qui testamento legatum acceperit, libertas codicillis detur, utile legatum esse dicemus, quasi ab initio constiterit legatum* ». V. dall'altra parte anche l. 26 D. *de adim.* 34. 4 (Fein op. cit. p. 246 sg.).

(10) Appartiene a questo punto anche la l. 2 § 2 D. *h. t.*, la quale, dopo le parole riprodotte nella nota 8, continua così: « *Ideoque servo, qui testamenti facti tempore testatoris fuisset, codicillorum tempore alienus, non recte libertas directa datur. Et contra, si cum testamentum fiebat, alienus esset, codicillorum tempore testatoris, intelligitur alieno servo libertas data. Et ideo, licet directae libertates deficiunt, attamen ad fideicommissarias eundum est* ». Il *non* nella prima proposizione è certamente illegittimo rispetto all'autore del frammento; ma legittimo nel senso della compilazione, la quale pertanto ha fatto qui una mutazione cosciente. Stanno in tal senso i Basilici (XXXVI. 1. 3 § 2) ed il plurale *directae libertates* nella proposizione finale. La seconda decisione nel diritto odierno non può applicarsi neppure per analogia; poichè il legato (secondo il diritto Giustinianeo) dà un'*actio in rem*, se la cosa legata è in proprietà del disponente anche soltanto all'epoca di sua morte.

(11) V. l. 7 § 1 D. *h. t.*; l. 2 pr. § 1 D. *h. t.*; l. 14 pr. D. *h. t.*; l. 8 § 4 D. *h. t.*, l. 17 § 4 D. *de test. mil.* 29. 1; l. 4 D. *h. t.*, l. 7 pr. D. *qui et a quib.* 40. 9; l. 1 C. *de test. manum.* 7. 2. Il tentativo di stabilire un principio è fatto nella l. 7 § 1 D. *h. t.* « *Praeterea in illis, quae non iuris sed facti sunt, non est perinde habendum, quod codicillis scribitur, atque si ubi confirmatio scriptum fuisset* ». V. pure l. 1 C. *de test. manum.* 7. 2. « *Si codicillos maior viginti annis fecisset, confirmationis tempus libertati non nocere certum est, nec enim potestas iuris, sed iudicii consideratur* ». Ma se, p. es., secondo questa regola è mantenuto il codicillo d'un muto, che al tempo del testamento era nel possesso della favella (l. 8 § 3 D. *h. t.*), perchè lo stesso non vige anche pel codicillo del *paganus*, che al tempo del testamento era soldato (l. 17 § 4 D. *de test. mil.* 29. 1, l. 8 § 4 D. *h. t.*)? Del resto la l. 14 pr. D. *h. t.* mostra che relativamente alla portata della finzione del diritto codicillare esisteva una controversia fra i Sabiniani ed i Proculeiani. — Cfr. pur anche la l. 12 pr. D. *de prob.* 22, 3 in relazione alla l. 34 § 3 D. *de leg.* I°. Arndts, *Cont. del Glück* XLVI p. 212 sg. — Sul tentativo fatto dai moderni di sfruttare la finzione del diritto codicillare per la questione sulla forma dei codicilli confermati, v. § 628 nota 15.

4. La clausola codicillare *.

§ 631.

Una specie particolare di codicilli è costituita da quelli, che direttamente concepiti come testamenti, divengono efficaci come codicilli in forza della statuizione del testatore, che la sua disposizione debba valere come codicillo, qualora non possa sussistere come testamento. Una tale disposizione si chiama clausola codicillare.

1. La clausola codicillare trasforma le istituzioni d'erede dell'infirmato testamento in legati d'eredità[1] a carico degli eredi *ab intestato*[2] o testamentari[3]; i legati restano fermi come tali[4]. Del resto non occorre che la clausola codicillare si riferisca a tutte le disposizioni contenute nel testamento[5].

2. Mediante la clausola codicillare le disposizioni del testamento sono tenute ferme solamente in quanto avreb-

---

(*) Rosshirt I p. 45-66. Fein XLV p. 184-364. Vangerow II § 527. Sintenis II § 208 Nr. I. 4. [Euler (§ 662* p. 29 sg.)]

(1) L. 88 § 17 D. *de leg.* II°. Cfr. l. 2 § 4 D. *h. t.*, l. 1 C. *h. t.*, anche l. 12 § 1 D. *de iniusto* 28. 3, l. 19 § 1 D. *de test. mil.* 29. 1. § 631.

(2) Soltanto a questo caso si pensa di consueto, od almeno di frequente. Cfr. Fein XLV p. 263.

(3) Ed invero il testamento, in base al quale si eredita, può non solo precedere, ma anche seguire quello non valido fornito della clausola codicillare. Cfr. Fein XLV p. 264 sg., Mayer § 23 dopo la nota 13. Fein p. 265 sg. riferisce a questo punto anche i casi in cui un testamento valido ne conferma uno da farsi posteriormente o uno anteriore invalido o che diventi invalido, del qual ultimo caso trattano le l. 12 § 1 D. *de iniusto* 28. 3 e l. 19 pr. § 1 D. *de test. mil.* 29. 1. Però per questi casi il concetto più calzante è quello che il contenuto del testamento invalido vale come accolto in quello valido, dal che si desume come conseguenza pratica che il contenuto del testamento invalido è tenuto fermo anche quando non soddisfa neppure alla forma codicillare (cfr. sopra alla nota 6).

(4) A carico dei legatari di eredità, o, quando l'istituzione d'erede non resta ferma neppure come legato d'eredità (p. es. l'istituito è morto prima dell'ereditando), a carico degli eredi.

(5) Cfr. l. 13 D. *de inoff.* 5. 2. Fein XLV p. 276, Mayer § 23 nota 9. 20.

bero avuto vigore, se fin da principio fossero state fatte nella maniera in cui devono essere tenute ferme. Quindi esse in ispecie non si mantengono, se il testamento non soddisfa neppure alla forma codicillare, o se al disponente manca la capacità testamentaria[6]. Ma in quanto esse soddisfano all'indicato requisito, vengono tenute ferme, e quindi specialmente anche quando il testamento, per la rinuncia dell'istituito, diventa caduco[7]. Una eccezione vige soltanto per il caso in cui il testamento non è valido a causa di lesione della legittima[8]; in questo caso le istituzioni d'erede contenute nel testamento, ad onta della clausola codicillare, vengono interamente rescisse, non soltanto in quanto esse ledono la legittima[9]. Però anche in questo

---

(6) Cfr. in generale Fein p. 296 sg., Mayer § 24-26.

(7) Egli può pretendere l'eredità come legatario, sebbene l'abbia respinta come erede. Mayer § 28 nota 1. Se l'istituito muore prima dell'adizione, i i suoi eredi possono dalla persona di lui derivare il diritto di pretendere il legato d'eredità. Fein p. 308 sg., Mayer § 24 in f.

(8) Cfr. su quanto segue: Francke, *Diritto degli eredi necessari* § 33. Mühlenbruch, *Continuazione di Glück* XXXV p. 364-373. XXXVII p. 368. 373. Degener, *Riv. pel d. e la pr. civ.* XVIII p. 403 sg. Srippelmann, *Decisioni, ecc.* II p. 334 sg., Fein XLV p. 322-348, Mayer § 25-27, Vangerow II § 527 osserv. 2 Nr. 1, Sintenis III § 208 not. 10. Seuff., *Arch.* III. 355, V. 205, VIII. 70, XXVIII. 43.

(9) Sulla misura in cui si rescindono i legati imposti all'erede necessario, v. § 634 nota 11. La massima qui stabilita si desume dalla l. 13 D. *de inoff.* 5. 2, l. 36 D. *de leg.* III°. Essa in questi frammenti è fondata sul « *color insaniae* » (§ 578 nota 2); però questa è una spiegazione meramente esteriore, poichè veramente la finzione della insania non viene incondizionatamente applicata (§ 584 nota 7). La ragione intima sta nell'idea che la severità con cui si tratta una lesione di legittima voluta come testamento non deve potersi menomare convertendola in un legato. Perciò non si può neppure con Mayer § 25 nota 11. 12 e Brinz 2ª ediz. III p. 115 dubitare se la massima sia vigente ancora pel diritto nuovissimo. Seuff., *Arch.* XLI. 28 (Trib. dell'Imp.), *Decis. del Trib. dell'Imp.* XIV p. 190. — Ma essa vige anche solamente per la *querela inofficiosi testamenti*, della quale soltanto trattano i menzionati passi, e chi pertanto, secondo il diritto nuovissimo, ritiene la nullità del testamento lesivo del diritto degli eredi necessari (§ 591. 592), non può sicuramente affermarla per questo diritto nuovissimo. Così anche l'opinione dominante, cfr. pure l. 24 § 11 D. *de fideic. lib.* 40. 5. Seuff., *Arch.* III. 355, V. 205, VIII. 70, X. 274, XXXIII. 240, XXXIX. 320 (Trib. dell'Imp., *Decis.* XI p. 230). [Seuff., *Arch.* XLVIII. 43,

caso l'istituito può assicurarsi il vantaggio della clausola codicillare col non adire in base al testamento[10]. Del resto il disponente è libero di limitare la efficacia sanatoria della clausola codicillare a determinate cause di invalidità o sottrarla a determinate cause di invalidità[11].

3. L'onorato nel testamento deve decidersi, se egli voglia invocare il testamento o la clausola codicillare; dalla elezione una volta fatta egli non può più recedere[12]. Però lo vincola soltanto la dichiarazione contenuta nella domanda giudiziale o nella risposta alla domanda[13]. Ecce-

---

Trib. dell'Imp., *Decis.* XXXVII p. 151 sg., cfr. Seuff., *Arch.* LIII. 15.] Di div. op. Mühlenbruch e Fein ll. citt., in base a diverse ragioni, quest'ultimo invocando le l. 2 D. *de leg.* III° e l. 31 C. *de fideicom.* 6. 42; in contrario Degener, Mayer, Vangerow ll. citt. Di div. op. anche Seuff., *Arch.* XIX. 247.

(10) V. § 584 nota 12. Vangerow loc. cit. sotto alla lett. *a*, Fein XLV p. 344, Schröder, *Diritto degli eredi necessari* p. 442.

(11) Ciò può farsi anche tacitamente. Così p. es. nel dubbio non è da ritenere che il testatore abbia voluto tener fermo il suo testamento anche pel caso della revoca. Fein XLV p. 304-308, Mayer § 24 nota 10-17. Inoltre la maggior parte di quelli che riconoscono efficacia alla clausola codicillare anche nel caso della lesione del diritto degli eredi necessari, fanno con buona ragione una eccezione per l'ipotesi in cui il testatore non ha punto conosciuto gli eredi necessari. Cfr. Francke, *Diritto degli eredi necessari* p. 418 sg., Fein XLV p. 355 sg., Mayer § 26. 27, Vangerow op. cit. Nr. 1 in f. [Di div. op. Trib. dell'Imp., *Decis.* XXXVII p. 151 sg.].

(12) L. 8 pr. § 1. 2 C. *h. t.* I. A. Seuffert, *Alcune osservazioni sulla clausola codicillare* [Einige Bemerkungen über die Codicillarclausel] (1828). Fein XLV p. 279-297. Mayer § 23 dalla nota 14 in poi. *Arch. per la GP. prat.* V. p. 92-101.

(13) Ciò è controverso; altri, così specialmente Fein, ritengono che vincoli anche una dichiarazione d'altro genere. Cfr. Fein op. cit. p. 285 nota 90. Ma nella legge è fatta parola soltanto della domanda giudiziale. Si adducono invero le parole: « *ita ut, sive bonorum possessionem secundum tabulas vel nuncupationem ceterasque similes postulaverit aut certe mitti se in possessionem ex more petierit, statim inter ipsa huius iuris auspicia propositum suae intentionis explanet* ». Ma proprio in queste parole si accenna anzi come a punto decisivo a qualche cosa di diverso dall'istanza per la *bonorum possessio* e di consecutivo ad essa; cfr. le parole precedenti: « *ab ipsis intentionis exordiis utrum velit eligendi habeat potestatem* ». Sicuramente nella redazione originaria della legge (l. 7 C. Th. *de testam.* 4. 4) si richiamano per confronto casi, nei quali vincola già una dichiarazione stragiudiziale; ma v'è una analogia fra scelta e scelta

zionalmente non sono vincolati dalla scelta fatta gli ascendenti e i discendenti fino al quarto grado di parentela agnatizia ed al terzo grado di parentela cognatizia[14].

4. La clausola codicillare non abbisogna d'alcuna forma d'espressione, e segnatamente non è richiesto l'uso della parola codicillo[15]. Ma la clausola codicillare non è senz'altro sottintesa; una qualche espressione della volontà che il contenuto del testamento debba essere tenuto fermo colle regole del legato, è indispensabile[16]. A questa massima vi sono però eccezioni, delle quali due sono già state

---

anche di fronte alla diversa qualità della stessa. Seuff., *Arch.* XXXI. 250. — Ma si va troppo oltre, quando si dichiara vincolativa soltanto la scelta dell'attore non anche quella del convenuto, come fanno Mühlenbruch, *Definiz. giuridica del caso di success. Städel* [Rechtliche Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles] p. 280 Nr. 2 e la sent. del Trib. Sup. d'app. di Celle in Seuff., *Arch.* VIII. 71; questa è gretta interpretazione letterale. In contrario specialmente Seuffert loc. cit. — Ancora più erroneo è il far perdere il diritto di scelta soltanto colla perdita della prima lite, al qual riguardo il Trib. Sup. d'app. di Kiel in Seuff., *Arch.* V. 204 fonda la decisione sulla ammissibilità del cumulo eventuale delle due azioni nello stesso atto giudiziale. [Per l'efficacia vincolativa di qualunque dichiarazione di scelta emessa determinatamente: Trib. dell'Imp., *Sent.* XLI p. 169 sg.]

(14) L. 8 § 2 C. *h. t.* Cfr. I § 56*a* nota 9 e Fein XLV p. 295 sg. (contro Sintenis § 208 not. 13). Il testo parla direttamente soltanto del caso in cui anzitutto è stato fatto valere il testamento, è senza difficoltà riferirlo, giusta il suo senso, anche al caso opposto. Fein p. 291, Mayer § 23 not. 17.

(15) L. 3 D. *de testam. mil.* 29. 1, l. 1 D. *h. t.*, l. 8 § 1 C. *h. t.*, l. 11 C. *de test. manum.* 7. 2; l. 29 § 1 D. *qui testam.* 28. 1, l. 88 § 17 D. *de leg.* II°. L. 29 § 1 cit. « *Ex his verbis, quae scriptura paterfamilias addidit:* ταύτην τὴν διαθήκην βούλομαι εἶναι κυρίαν ἐπὶ πάσης ἐξουσίας (voglio che queste disposizioni siano regolatrici davanti a qualsiasi autorità) *videri eum voluisse omnimodo valere ea quae reliquit, etiamsi intestatus decessisset* ». La disposizione menzionata nella l. 88 § 17 cit. suona: « *L. Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iuris perito, rationem animi mei potius secutus quam nimiam et miseram diligentiam, et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas* ». V. Seuff., *Arch.* XVII. 266. Sulla c. d. ' clausola cetera ' (« in quanto poi *et cet.* »), v. Dernburg III § 95 nota 7.

(16) L. 1 D. *h. t.*, l. 8 § 1 C. *h. t.*, l. 41 § 3 D. *de vulg.* 28. 6, l. 29 pr. D. *qui testam.* 28. 1, l. 11 § 1 D. *de leg.* III°, l. 11 C. *de test. manum.* 7. 2. Ciò in massima è ora generalmente riconosciuto, mentre per lo innanzi l'opposta opinione era assai diffusa. Fein XLV p. 191 sg., Mayer § 23 nota 4. 5. [Seuff., *Arch.* XLVIII. 42.]

indicate nel § 561 nota 3 e nel § 565 nota 6; la terza è, che un testamento, mediante il quale un ascendente regola la successione dei suoi discendenti, è tenuto fermo come codicillo anche senza clausola codicillare[17].

5. Legato mediante contratto.

§ 632.

Secondo il diritto odierno può farsi un legato anche mediante contratto[1], e non solamente in un contratto, nel quale contemporaneamente vien nominato un erede (contratto ereditario), ma anche in un contratto col quale si dànno soltanto legati (contratto di legato). Pel contratto di legato l'opinione dominante non esige alcuna forma, come non l'esige pel contratto ereditario[2].

---

(17) L. 26 C. *fam. erc.* 3. 36, cfr. l. 1 C. Th. *eod.* 2. 24. Fein XLV p. 227 sg. [Trib. dell'Imp., *Decis.* XXXV p. 132 sg.] — Sulla l. 38 D. *de fideic. lib.* 40. 5 v. Fein XLV p. 254 sg.

(1) [Seuff., *Arch.* XLV. 257, XLVI. 32.] Secondo il diritto romano l'assicurare un legato per via di contratto è privo di obbligatorietà, come ne manca per la eredità. Cfr. § 529 nota 2. § 632.

(2) Cfr. sul contratto di legato, che come il contratto ereditario, in questo trattato può soltanto essere menzionato, non illustrato nei particolari, Hartmann, *Sulla teoria dei contratti successori* p. 73-84, Arndts XLVII p. 440 sg., Kugelmann, *Costituzione di diritto comune del contratto successorio particolare* [Gemeinrechtliche Begründung des particulären Erbvertrages], Erlangen 1877, presso i quali scrittori è indicata anche la letteratura ulteriore. Stobbe V § 312. [Schiffner, *Il contratto di legato secondo il dir. austriaco con riguardo al dir. comune* (der Vermaechtnissvertrag nach österr. R. mit Berucksicht. des gem. R. u. s. w.) Lipsia 1891.] Seuff., *Arch.* XII. 279, XXXII. 41, XXIV. 48, XXVIII. 41, XXXI. 154, XXXIII. 317, XXXV. 142. Trib. dell'Imp., *Decis.* XXI p. 188. Cfr. pure XXIX. 249.

C. *La disposizione di legato in se stessa.*

1. Requisiti della sua validità *.

§ 633.

Per la validità della disposizione di legato vigono in generale gli stessi principî come per la validità dell'istituzione d'erede (§ 545-548).

1. La disposizione di legato deve essere genuina, cioè essa deve effettivamente provenire dall'ereditando. La statuizione del senatoconsulto Liboniano vale anche per legati [1].

2. La disposizione di legato deve essere intelligibile [2]. L'ambiguità nuoce, se lascia nell'incertezza la persona dell'onorato [3] o dell'onerato [4]; essa non nuoce, se si riferisce all'oggetto del legato [5]. Gli schiarimenti e le più particolari determinazioni dell'ereditando devono tenersi in

---

(*) I requisiti della validità del legato, che non si riferiscono alla disposizione di legato come tale, ma alle persone che vengono in considerazione nel legato ed alla sua forma, sono in precedenza (§ 624 sg.) già stati spiegati.

§ 633. (1) V. § 546 Num. 2.

(2) L. 73 § 3 D. *de R. I.* 50. 17. « *Quae in testamento ita sunt scripta, ut intellegi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent* ». L. 2 D. *de his quae pro non scr.* 34. 8. La incompletezza della disposizione, che non la rende inintelligibile, non nuoce. L. 106 D. *de leg.* I°, l. 67 § 9 l. 77 § 20 D. *de leg.* II°, L. 10 C. *de fideic. lib.* 6. 42. Arndts XLVII p. 383 sg.

(3) L. 3 § 7 D. *de adim.* 34. 4, l. 10 [11] pr. l. 27 [28] D. *de reb. dub.* 34. 5, l. 33 § 1 D. *de cond.* 35. 1. Ma è libero l'onerato d'adempiere pur tuttavia il legato contro congrua sicurtà e lasciare che i pretendenti aggiustino fra di loro la controversia. Di ciò tratta la l. 8 § 3 D. *de leg.* II°, cfr. Arndts XLVI p. 449 sg.

(4) Di div. op. Mayer § 30 nota 14, il quale crede, che il legato debba sopportarsi in parti uguali dalle più persone che vengono in considerazione. Ma non si scorge, perchè il principio, che sta a base della decisione del caso precedente (l. 3 § 7 D. *de adim.* cit.: « *si non appareat cui datum sit, dicemus, neutri legatum* »), non debba anche qui avere applicazione. V. pure Arndts XLVII p. 385 sg.

(5) Il legato ha in ogni caso uno dei possibili contenuti, e l'onerato deve in ogni caso fare la prestazione del contenuto minore. L. 32 § 1 l. 37 § 1 l. 39 § 6 D. *de leg.* I°.

conto, sebbene non siano corredati della forma del legato[6]. L'interpretazione del giudice, come per tutte le disposizioni d'ultima volontà, ha le mani libere[7].

3. Non è prescritta, per la disposizione di legato, alcuna determinata modalità di espressione[8]; sono sufficienti anche i segni[9]. Neppure si richiede la espressa dichiarazione della volontà di legare; basta che questa possa con sicurezza riconoscersi dalle altre statuizioni dell'ereditando o dalle circostanze concomitanti[10]. Relativamente al contenuto della volontà di legato è anche ammissibile il rinviare ad una dichiarazione del disponente altrimenti

---

(6) L. 21 § 1 D. *qui testam.* 28. 1. Cfr. su questo passo Mayer § 30 nota 16.

(7) V. I § 84 nota 7. 11. Cfr. l. 30 § 3 D. *de leg.* I°, l. 75. 95 D. *de leg.* III°.

(8) Dopo la l. 21 C. *de leg.* 6. 37. Anteriormente i legati presupponevano *verba imperativa* o *directa*, mentre la peculiarità dei fedecommessi consisteva nella forma indiretta della disposizione. Ulp. XXIV. 1, Gai. II. 249, § 3 I. *de sing. reb.* 2. 24. — Cfr. in particolare: l. 118 D. *de leg.* I° (« *scio hereditatem meam restituturum te Titio* », cfr. l. 39 pr. D. *de leg.* III°), l. 67 § 10 D. *de leg.* II° (« *non dubitare se, quodcunque uxor eius cepisset, liberis suis redditurum* »), l. 108 § 14 D. *de leg.* I° (onere della manomissione « *acceptis centum* »), l. 2 C. *de his quae sub modo* 6. 45 (onere coll'*ut*), cfr. l. 8 § 5 D. *de transact.* 2. 15, l. 3 § 5. 6 D. *de leg. praest.* 37. 5, l. 92 D. *de cond.* 35. 1, l. 75 D. *ad leg. Falc.* 35. 2, l. 7 l. 48 l. 51 § 2 D. *de fideic. lib.* 40. 5 (Windscheid, *Presupposizione* p. 171 sg., Erxleben, *Condictiones sine causa* II p. 296 sg.), Paul. *Sentent.* IV. 1. 5, l. 69 pr. D. *de leg.* II°, l. 11 § 4 l. § 4 D. *de leg.* III° (« *contentus sis centum aureis* »); dall'altra parte l. 11 § 2 D. *de leg.* III°, l. 12 C. *de fideic. lib.* 7. 4. Seuff., *Arch.* II. 206, V. 207.

(9) L. 21 pr. D. *de leg.* III°. « *Nutu etiam relinquitur fideicommissum...* ». L. 22 C. *de fideic.* 6. 42: — « *sine scriptura, immo etiam nutu, fideicommissum relinque posse adhibitis testibus, nulla dubitatio est* ». Arndts XLVII p. 311 sg.

(10) L. 18 [17] pr. D. *ad S. C. Treb.* 36. 1, l. 114 § 6 D. *de leg.* I° 30; l. 76 [74] pr. D. *ad S. C. Treb.* 36. 1; l. 69 pr. *de leg.* II° 32 (seconda disposizione), l. 35. 79 [78] pr. D. *de her. inst.* 28. 5, l. 17 D. *de test. mil.* 29. 1; l. 30 [29] D. *ad S. C. Treb.* 36. 1, § 3 I. *quib. mod. test.* 2. 17; l. 114 § 14 D. *de leg.* I°, l. 69 § 3. 4 D. *de leg.* II°, cfr. in genere § 625 nota 13; l. 77 D. *de leg.* I°, l. 37 § 3 D. *de leg.* III°, cfr. l. 108 § 13 D. *de leg.* I° (Arndts, XLVII p. 185 sg.); l. 10 D. *de S. P. U.* 8. 2, l. 44 § 9 D. *de leg.* I° 30, l. 15 § 1 D. *de usu et usufr.* 33. 2. Cfr. § 552 nota 5. 6, § 553 nota 8, § 554 nota 19, § 555 nota 4, § 561 nota 3. Mayer, § 30 nota 7, Arndts XLVII p. 404 sg. Seuff., *Arch.* VII. 74. 209. *Decis. del Trib. dell'Imp.* X p. 113.

emessa o da emettersi, la qual dichiarazione poi per sè non abbisogna d'alcuna forma (c. d. legato mistico)[11].

4. La disposizione di legato deve contenere l'effettiva volontà del testatore[11a]; se essa dice qualche cosa di diverso dal voluto, non vale nè ciò che s'è detto, nè ciò che s'è voluto[12]. Se dice quel che è voluto, non nuoce l'aggiunta di una falsa indicazione del legatario o dell'oggetto legato[13]. La semplice inesattezza di designazione non nuoce.

5. La disposizione di legato deve contenere la completa volontà del testatore; una disposizione incompleta non vale neppure nella misura correlativa[14].

---

(11) V. § 628 nota 16 e Mayer § 30 dietro alla nota 19, Arndts XLVII p. 389 sg. [Trib. dell'Imp., *Decis.* XXXI p. 168, cfr. § 546 nota 10.]

(11 *a*) Simulazione: Seuff., *Arch.* XXXIX. 28.

(12) L. D. 3 *de reb. dub.* 34. 5: — « *qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur* ». L. 9 § 1 D. *de her. inst.* 28. 5. « *Et si in re quis erraverit, utputa, dum vult lancem relinquere, vestem leget, neutrum debebit hoc, sive ipse scripsit sive scribendum dictaverit* ». L. 4 pr. D. *de leg.* I°.

(13) Falsa indicazione in opposizione alla non indicazione: § 29 I. *de leg.* 2. 20. « *Si... in nomine cognomine praenomine legatarii erraverit testator, si de persona constat, nihilominus valet legatum; ... nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si quolibet alio modo intellegantur, nihil interest* ». L. 4 pr. D. *de leg.* I°, l. 7 § 1 C. *de leg.* 6. 37, l. 4 C. *de test.* 6. 23. In generale: *falsa demonstratio non nocet*, § 30 I. *de leg.* 2. 20, l. 35 D. § 1. 2 *de leg.* III° 32, l. 27 [28] D. *de reb. dub.* 34. 5, l. 17 pr. § 1 l. 33 pr. l. 34 l. 40 § 4 D. *de cond.* 35. 1. V. d'altra parte l. 4 pr. D. *de leg.* I°, l. 7 § 2 l. 10 D. *de suppell. leg.* 33. 10. L. 4 pr. cit.: — « *si quis, cum vellet vestem legare, suppellectilem adscripsit, dum putat, suppellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit vestem non deberi, quemadmodum si quis putet auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri, vel, quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia* ». Naturalmente qui il limite è fluttuante ed il giudice può far larghe concessioni alla peculiarità del linguaggio usuale al disponente. V. I. § 84 nota 6, in particolare: l. 69 § 1 D. *de leg.* III°, l. 9 pr. D. *de tritico* 33. 6, l. 18 § 3 D. *de instr.* 33. 7. Cfr. Savigny III § 139. k. l., Unger II § 89 nota 27-30, Leonhard, *Errore* p. 330 sg. (su questo Lotmar, *Riv. crit. trim.* XXVI p. 226 sg.), Eisele, *Ann. per la dogm.* XXIII p 18 sg. V. pur anche l. 14 C. *de her. inst.* 6. 24.

(14) Il fatto che le fonti non esprimono questa massima anche per i legati, come lo fanno per le istituzioni d'erede (§ 546 nota 13), è semplicemente accidentale.

6. La volontà di legato deve avere la congrua determinatezza. Secondo questo criterio è invalido non solamente quel legato, che lascia alla libertà dell'onerato un campo tanto vasto, da non vincolarlo affatto[15], ma neppure[16] il legato rimesso alla nuda volontà d'un terzo, sia che questa volontà debba decidere sulla sussistenza del legato in genere[17], o sulla persona del legatario o sull'oggetto del

---

(15) In particolare: *a*) è invalido il legato sotto condizione che l'onerato voglia, mentre il legato sotto condizione d'un fatto dell'onerato o del suo ragionevole apprezzamento è perfettamente valido. Di questa massima si è già fatto cenno al § 93 di questo trattato. — *b*) Similmente non è valido il legato, che rimette la determinazione dell'oggetto del legato puramente alla volontà dell'onerato (l. 69 § 4 D. *de I. D.* 23. 3 : « *fundus* », l. 71 pr. D. *de leg.* I° : « *domus simpliciter legata* »); diversamente anche qui, se la decisione è rimessa al ragionevole arbitrio dell'onerato, e diversamente inoltre quando egli deve fare la scelta in una data cerchia, v. p. es. l. 84 § 9, l. 109 § 1, l. 110 D. *de leg.* I°. Cfr. § 655 nota 8. — *c*) Non è meno invalido il legato ad una persona da determinarsi dall'onerato; valido è invece il legato ad una persona, che egli deve scegliere in una determinata cerchia, nel qual caso, se non fa la scelta, tutte le persone appartenenti a questa cerchia hanno un diritto di credito, v. § 625 nota 12 e l. 7 § 1 D. *de reb. dub.* 34. 5. Che sia anche valido il legato ad una persona da determinarsi dal ragionevole arbitrio dell'onerato le fonti non lo riconoscono; partendo evidentemente dal concetto, non essere concepibile, che nel singolo caso il ragionevole arbitrio sia per designare con necessità impellente una determinata persona, per modo che una persona qualunque possa presentarsi come investito del diritto al legato. — *d*) Non è valido il legato, che pone l'epoca della prestazione nell'arbitrio dell'onerato, l. 11 § 6 l. 41 § 13 D. *de leg.* III°, cfr. § 93 nota 4. In genere: Arndts XLVI p. 345-355.

(16) Secondo il diritto romano anteriore entrava inoltre in questa categoria il legato ad una persona da determinarsi mediante un avvenimento futuro, come pure ad un *postumus alienus.* L'uno e l'altro legato però è stato dichiarato valido da Giustiniano. Gai. II. 238. 287, Ulp. XXIV. 18, § 25. 26 I. *de leg.* 2. 20. Cfr. § 547 nota 2 ed Arndts op. cit. p. 391 sg.

(17) L. 52 D. *de cond.* 35. 1. « *Nonnunquam contingit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intellegi potuissent nec essent effutura. Quod evenit, si alicui ita legatur: ' Titio decem do lego, si Maevius capitolium ascenderint '. Nam quamvis in arbitrio Maevii sit, an Capitolium ascendat et velit efficere, ut Titio legatum debeatur, non tamen poterit aliis verbis utiliter legari: ' si Maevius voluerit, Titio decem do ' : nam in alienam voluntatem legatum conferri non potest. Inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent* ». Non contraddice a questo frammento la l. 1 pr. D. *de leg.* II°, la quale comporta perfettamente l'interpretazione, che il legato possa validamente farsi dipendere dal FATTO d'un terzo; neppure la l. 46 § 2 D. *de fideic. lib.* 40. 5, la quale non

legato[18]. Invece non è inammissibile l'affidare la decisione dell'una e dell'altra questione al ragionevole apprezzamento d'un terzo[19]; e neppure il rimettere semplicemente ad un terzo la scelta fra più possibilità[20]. Per indeterminatezza della volontà è invalido il legato quando il disponente è nell'incertezza sulla sua capacità a lasciare un legato[21].

---

tratta di legati, ma di manomissioni, e fa un espresso parallelo fra la manomissione: *si Seius* VOLUERIT e il legato: *si Titius* CAPITOLIUM ASCENDERIT; e non è verosimile, che le contraddica la l. 43 § 2 D. *de leg.* I°, ove si ponga mente, che ai tempi dell'autore di questo frammento, Ulpiano, la massima: *certum debet esse consilium testantis*, stava del resto in pieno vigore, e che Ulpiano stesso l'ha esposta e ne ha tratta la conseguenza, che il legato a favore d'una persona da determinarsi da un avvenimento futuro non sia valido (Ulp. XXII. 4). Se quindi dall'altra parte deve anche riconoscersi, che finora non è riescito di trovare una spiegazione perfettamente appagante della l. 43 § 2 cit., per la quale si elimini la contraddizione, non può però in alcun caso in questo frammento rinvenirsi l'espressione del vero pensiero del diritto romano; v. pure l. 69 [68] D. *de her. inst.* 28. 5. Cfr. I § 93 nota 5. Arndts XLVI p. 355 sg. è propenso, in contraddizione all'opinione dominante, a trarre dalle fonti il risultato inverso. Contro lo stesso F. Serafini, *Archivio giuridico* III p. 166 sgg. Della stessa op. di Arndts, Dernburg III § 76 nota 6.

(18) Ciò nelle fonti non è espressamente detto, ma non può porsi in dubbio. Quanto all'oggetto del legato, la volontà che deve decidere sovr'esso, effettivamente deve decidere anche sulla esistenza del legato, poichè essa può scegliere un oggetto, che solo nominatamente si distingue da un bel nulla. Quanto alla persona dell'onerato, cfr. la l. 32 pr. D. *de her. inst.* 28. 5 riprodotta alla nota 2 del § 547. — Relativamente alla persona dell'onerato decide il criterio indicato alla nota 20. — Relativamente all'ammontare del legato va troppo oltre la sentenza in Seuff., *Arch.* XXXIX. 314. Trib. dell'Imp., *Decis.* XXI p. 190.

(19) Quanto alla questione della sussistenza, v. l. 75 pr. D. *de leg.* I°, l. 11 § 7 D. *de leg.* III°. Questi passi invero trattano soltanto della condizione dell'arbitrio dell'ONERATO; ma con una tal condizione il disponente si spoglia della decisione propria non meno che colla condizione dell'arbitrio d'un terzo. Relativamente all'oggetto v. l. 1 § 1 D. *de leg.* II°. Per la persona del legatario non si può addurre una attestazione delle fonti; ma non si sa scorgere perchè al disponente non dovrebbe esser lecito rispetto alla determinazione del ricevente, quanto non gli è vietato rispetto alla determinazione della cosa da riceversi; tanto meno lo si sa scorgere in quanto egli può persino rimettere al caso la determinazione della persona del ricevente istesso (nota 16). Seuff., *Arch.* XXXI. 351.

(20) V. nota 15 alle lett. *b* e *c* in relazione a quanto è detto nella nota precedente in principio. — Sulla questione, se le limitazioni romane non siano state completamente abolite dal diritto canonico, v. § 547 nota 3.

(21) L. 1 pr. D. *de leg.* III°.

7. La volontà di legato non deve essere stata determinata da violenza od errore; nell'uno e nell'altro caso il legato non è invero nullo, ma impugnabile. L'errore nel motivo, che non è causa determinante della volontà, cioè che non è tale, che senza di esso non si sarebbe voluto, non nuoce[22].

8. Per la immoralità della causa determinante, non è valido il legato captatorio[23] ed il legato per dileggio[24].

9. Sulla invalidità del legato a causa del suo contenuto v. il seguente §.

10. La invalidità dell'elargizione, sulla quale grava il legato[25], non ha per conseguenza la invalidità del legato

---

(22) Relativamente al legato estorto con violenza non vi sono attestazioni delle fonti: decide l'analogia dell'istituzione d'erede, v. § 548 Num. 1. Quanto all'errore, v. l. 72 § 6 D. *de cond.* 35. 1. « *Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaerent: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si* (se cioè) *probetur alias legaturus non fuisse* ». V. inoltre l. 5 C. *de testam.* 6. 23; l. 27 D. *de usu et usufr.* 33. 2; l. 10 C. *de leg.* 6. 37, § 4 I. *eod.* 2. 20, l. 67 § 8 D. *de leg.* II°; l. 11 § 16 *de leg.* III°; l. 19 D. *de iure cod.* 29. 7, l. 77 § 29 D. *de leg.* II°, cfr. l. 40 pr. D. *de leg.* III°. Arndts XLVII p. 222 sg. Sulla regola: *falsa causa non nocet*, v. pure § 31 I. *de leg.* 2. 20, l. 17 § 2 D. *de cond.* 35. 1 [Pernice, *Labeo* III p. 74]; sulla regola: *falsa demonstratio non nocet*, v. nota 13. Cfr. § 548 Num. 2. — La invalidità del legato anche in caso d'inescusabilità dell'errore è dimostrata con buoni argomenti nella sentenza del Trib. Sup. di app. d'Oldenburgo in Seuff., *Arch.* VII. 73.

(23) L. 64 D. *de leg.* I°. « *Captatoriae scripturae simili modo neque in hereditatibus neque in legatis valent* ». Cfr. § 548 nota 18 e quelli ivi citati. — Secondo il diritto antigiustinianeo era invalido anche il legato *poenae nomine*, § 36 I. *de leg.* 2. 20, l. un. C. *de his quae poenae nomine* 6. 41. Cfr. questo *Trattato* loc. cit.

(24) L. 54 pr. D. *de leg.* I°. « *Turpia legata, quae denotandi magis legatarii gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur* ». Cfr. l. 9 § 8 l. 49 [48] § 1 D. *de her. inst.* 28. 5. Arndts XLVI p. 447, Steinfeld, *Il principio della benevolentia per la validità delle elargizioni d'ultima volontà* [der Grundsatz der benevolentia für die Gültigkeit letztwilliger Zuwendungen] (Celle 1884) p. 22-25.

(25) Cfr. su questo caso Francke, *Contributi* p. 122 sg. — Si osservi, che qui è fatta parola soltanto della iniziale invalidità della disposizione gravata, perchè si parla soltanto dei requisiti della sussistenza iniziale della disposizione di legato; nel resto v. § 639 Num. 5. Inoltre qui non si parla del caso, in cui la disposizione gravata è l'unica istituzione d'erede contenuta nel testamento; poichè in questo caso la disposizione di legato non è come tale invalida, ma lo è a causa della invalidità del testamento, nel quale è contenuta. V. § 641.

quando all'onerato subentra un sostituito[26]; l'ha solo eccezionalmente, quando gli subentra un altro in forza del diritto d'accrescimento[27], e solo eccezionalmente non l'ha quando un legato gravato resta a colui, a cui carico è lasciato[28].

2. Contenuto della disposizione di legato in generale.

§ 634.

1. La disposizione di legato contiene in generale l'attribuzione d'un profitto all'onorato. Di regola tale profitto è di diritto patrimoniale, ma non è necessario che lo sia[1].

---

(26) Se non è manifesto, che il testatore ha voluto gravare soltanto colui, che egli ha nominato. L. 74 D. *de leg.* I°, l. 61 § 1 D. *de leg.* II°, l. 4 C. *ad S. C. Treb.* 6. 49. Ciò che s'è detto non concorda coll'opinione dominante, la quale afferma il contrario in base alla l. un. § 3. 9 C. *de cad. toll.* 6. 51; però v. § 603 nota 12, ed in particolare Arndts XLVII p. 269 sg.

(27) V. § 603 nota 12, § 644 nota 15.

(28) L. un. § 3. 9 C. *de cad. toll.* 6. 51. L'eccezione sta nella l. 5 D. *de his quae pro non scr.* 34. 8 e l. 14 § 2 D. *ad leg. Corn. de fals.* 48. 10: invalidità del legato per violazione del senatoconsulto Liboniano. Cfr. pure l. 26 § 6 D. *de fideic. lib.* 40. 5.

§ 634. (1) L'attribuzione d'un profitto, che non sia di diritto patrimoniale, può aver luogo soltanto col procacciare un diritto di credito, onde qui viene in campo lo stesso quesito, al quale per le obbligazioni in genere si è risposto superiormente II § 251 nota 3. La difficoltà, che presso i Romani opponeva al riconoscimento d'un legato senza valore pecuniario l'impossibilità d'una condanna nella procedura ordinaria, è accentuata nella l. 114 § 8 D. *de leg.* I° (Marcianus). « *Sed si liberos suos emancipare rogatus fuerit, non cogitur hoc facere: potestas enim patria inaestimabilis est* ». V. pure l. 41 § 8 D. *de leg.* III° (Scaevola). Ma l'evoluzione ulteriore ha sorpassata questa difficoltà. L. 92 D. *de cond.* 35 1. (Ulpianus). « *Si cui legatum fuerit relictum isque rogatus sit liberos suos emancipare, an cogi debeat manumittere? Et retineo me dixisse defici eos a petitione fideicommissi: neque enim praetor fideicommissarius eos ad libertatem tuetur ut servos. Papinianum quoque libro nono scribere referebam non esse cogendum emancipare filios suos. Arbitror tamen extra ordinem debere constitui eum qui agnovit id, quod sibi relictum est hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet, (et) cogendum emancipare; neque enim debet circumveniri testantium voluntas* ». Di div. op. Arndts XLVI p. 92, Hartmann, *Sul concetto e sulla natura dei legati* p. 10. Sicuramente il libero arbitrio, che nel loc. cit. è stato accordato al giudice per respingere un diritto di credito non rivolto ad un profitto patrimoniale, non gli può venir intaccato neppur qui.

Anche un riconoscimento può costituire il contenuto della disposizione di legato[2], e lo può persino un adempimento[2a].

2. Il contenuto della disposizione di legato non può stare in contraddizione colle leggi giuridiche o morali[3]. Se l'attuazione della disposizione di legato è impossibile[4], la regola è, che l'onerato è libero, quando l'impossibilità è

---

(2) P. es. di essere debitore, o di non essere più creditori, di aver ricevuto un mutuo o la somma dovuta. Il riconoscimento per atto d'ultima volontà sottostà agli stessi principî, come quello dichiarato fra vivi (II § 412 *a*), cioè esso, PRESUPPOSTO CHE EFFETTIVAMENTE CONTENGA UNA DISPOSIZIONE, obbliga l'erede, come avrebbe obbligato lo stesso ereditando se fosse stato emesso per atto tra vivi, ma se è stato emesso colla coscienza della erroneità della fatta dichiarazione, esso vale come espressione della volontà di costituire il rapporto giuridico riconosciuto. L. 1 C. *de falsa causa* 6. 44. « *Verba testamenti, quae inseruisti, aut solutam pecuniam debitam testatori declarant, aut voluntatem eius liberare volentis debitorem manifeste ostendunt. Et ideo aut peti quod solutum est non potest aut ex causa fideicommissi, ut debitor liberaretur, agendum est, nisi liquido probari possit eum non liberari debitorem voluisse, sed errore lapsum solutam sibi pecuniam existimasse* ». L. 4 *eod.*, l. 6 § 1 D. *de pec. leg.* 33. 8. Cfr. Bähr, *Riconoscimento* p. 203 sg. (2ª ediz. p. 220 sg.), Unger § 72 nota 7. Di div. op. Hartmann op. cit. (nota 1) p. 34, perchè il legato sarebbe soltanto la « forma giuridica per conferire un diritto reale o di obbligazione ». Ma anche astraendo dalla questione se questa affermazione sia giusta: forsechè col riconoscimento, come qui è concepito, non si conferisce un diritto di obbligazione? Ad Hartmann aderisce Krüger a p. 23 sg. della dissertazione citata nel § 657 nota 1 cit. Cfr. del resto attualmente anche Hartmann stesso *Arch. per la prat. civ.* LXX p. 193 sg. — Seuff., *Arch.* XVI. 275.

(2 *a*) Il testatore lega in proprietà al suo creditore la cosa individualmente determinata che gli deve. Cfr. Hartmann, *Arch. per la prat. civ.* LXX p. 202 sg.

(3) L. 112 § 3 D. *de leg.* I°. « *Si quis scripserit testamento fieri, quod contra ius est vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid vel contra edictum praetoris vel etiam turpe aliquid* ». — Una disposizione particolare del diritto romano attinente a questo punto, fondata sopra un senatoconsulto dell'anno 122 d. Cr., è, che non possono formare oggetto di legato le parti costitutive d'un edifizio. L. 41 § 1 — l. 43 § 1 D. *de leg.* I°. Cfr. Bachofen, *Teorie scelte* p. 203 sg. Questa disposizione si propone uno scopo di polizia, che più non risponde ai nostri tempi, e quindi oggidì non ha più vigore.

(4) V. II § 264 Num. 1. Cfr. Arndts XLVI p. 96 sg., Mommsen, *Contributi al diritto delle obbligazioni* I p. 110 sg. 140 nota 1. 155 sg. 221 sg. II p. 90 sg., Hartmann, *L'obbligazione* p. 166 sg. (cfr. II § 264 nota 4).

oggettiva[5], mentre in caso di semplice impossibilità soggettiva egli deve prestare il valore del legato[6]. Però questa regola non è assoluta; dipende tutto dall'interpretazione della volontà. In conseguenza di ciò può avvenire da un lato che anche in caso d'impossibilità oggettiva l'onerato risponda del valore del legato[7], dall'altro, che in caso di semplice impossibilità soggettiva egli sia libero nei limiti di essa[8].

3. Quanto alla misura dei legati, a nessuno se ne possono imporre in ammontare maggiore di quanto gli è elargito dal testatore[9]. Però l'erede non può invocare

---

(5) Legato d'una cosa non esistente: cfr. l. 108 § 10 D. *de leg.* I°, l. 65 pr. l. 96 pr. *eod.*, e su queste O. Müller, *De falsa demonstratione* (Programma accad. 1861) I p. 14 sqq. Legato d'una cosa fuori commercio: § 4 I. *de leg.* 2. 20, l. 39 § 7-10 D. *de leg.* I°, cfr. l. 14 C. *de leg.* 6. 37. Legato d'una cosa, che l'onorato non può acquistare: l. 49 § 2 D. *de leg.* II°, l. 62 D. *de A. R. D.* 41. 1. Legato d'una cosa propria del legatario: l. 13 C. *de leg.* 6. 37.

(6) Legato d'una cosa, che l'onerato non può acquistare: l. 49 § 3 D. *de leg.* II°. Legato d'una cosa altrui: § 4 I. *de leg.* 2. 20, l. 39 § 7 l. 71 § 3 D. *de leg.* I°, l. 14 § 2 l. 30 § 6 D. *de leg.* III°.

(7) L. 11 § 16 D. *de leg.* III°, cfr. l. 49 § 1 D. *de leg.* II° (su queste Pernice, *Parerga* II p. 99 sg.), l. 112 pr. D. *de leg.* I°, l. 114 § 5 D. *eod.*, cfr. Vangerow II § 525 osserv. 1 Nr. 2, però anche Arndts XLVI p. 102 sg. Si riferisce a questo punto anche la l. 40 D. *de leg.* I°? L'espediente che meglio soddisfa di fronte a questo testo, resta pur sempre quello di leggere « *possidendi est* » invece di « *possidendi non est* », come attualmente fa anche Th. Mommsen nella sua edizione. Cfr. Vangerow loc. cit. Nr. 1, Arndts p. 106 sg. — Cfr. pur anche l. 41 § 4 l. 43 pr. D. *de leg.* I°: obbligazione alla prestazione del valore in caso di illiceità del legato.

(8) V. *a)* § 654 Num. 2; *b)* l. 39 pr. l. 108 pr. D. *de leg.* I°, l. 8 pr. D. *de leg.* II°.

(9) § 1 I. *de sing. reb.* 2. 24, l. 114 § 3 i. f. D. *de leg.* I°, l. 1 § 17 i. f. D. *ad SC. Treb.* 36. 1, l. 12 C. *de test. mil.* 6. 21; l. 26 pr. l. 122 § 2 D. *de leg.* I°. Il godimento dei frutti nel frattempo è da conteggiarsi, non però un profitto straordinario procacciato mediante il legato. L. 114 § 3. 4 D. *de leg.* I°, l. 70 § 1. 2 D. *de leg.* II°, l. 3 § 1 l. 7 § 2 D. *de leg.* III°. Però nell'accettazione senza riserve può eventualmente essere insita l'assunzione dell'obbligo di adempiere integralmente il legato. L. 70 § 1 D. *de leg.* II°: — « *haec ita, si quantitas cum quantitate conferatur, enimvero si pecunia accepta rogatus sit rem propriam, quamquam maioris pretii est, restituere, non est audiendus legatarius, legato percepto si velit computare: non enim aequitas hoc probare patitur, si, quod legatorum nomine perceperit legatarius offerat* ». V. d'altra parte l. 122 § 2 D. *de leg.* I°. Arndts XLVII p. 287-307.

contro i legatari l'insufficienza dell'eredità, se non quando ha fatto un regolare inventario[10].

D'altra parte l'erede sotto questa presupposizione non è neppure astretto a rimettere l'intiero asse, ma può detrarre per sè un quarto; ma di ciò, per non interrompere troppo il nesso, si tratterà più minutamente soltanto alla fine della teoria generale dei legati (§ 650 sg.).

Finalmente i legati sono anche invalidi, in quanto essi ledano la legittima[11].

3. Determinazioni accessorie.

a. *Condizione e termine*[*].

§ 635.

1. Per l'apposizione di una condizione sospensiva alla disposizione di legato viene differita la devoluzione del legato; per l'apposizione d'un termine sospensivo viene differito l'acquisto del diritto legato od il suo esercizio[1]. Nell'uno e nell'altro caso deve però l'onerato prestare sicurtà all'onorato pel futuro adempimento della prestazione del legato[2].

Eccezionalmente la devoluzione del legato condizionale

(10) Nov. 1 c. 2. Cfr. § 606 note 8. 18. Ciò vale anche per il caso che il testatore abbia dispensato dalla confezione d'un inventario: Seuff., *Arch.* XXXVIII. 140 (Trib. dell'Imp.). [*Trib. dell'Imp.* XXII p. 188 sg., Salkowski XLIX p. 701 sg.]

(11) Quanto ai legati imposti all'erede testamentario ed al legatario, v. § 582 nota 2. In egual maniera non sono validi quelli imposti all'erede *ab intestato*. Sulla questione, se colla detrazione della quarta falcidia l'erede non sia coperto anche per la sua legittima, v. § 652 nota 5.

(*) Dig. 35. 1 *de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur*. Cod. 6. 46 *de condicionibus insertis tam legatis quam fideicommissis*. — Rosshirt I p. 352 412. Arndts, *Diz. G.* VI p. 294-295. Mayer § 32-42, Sintenis III § 211, Vangerow II § 434-438, Unger § 58.

(1) V. § 642.

(2) V. § 648 Num. 2.

§ 635.

non viene sospesa, se la condizione è rivolta ad una omissione per parte del legatario; una tale condizione si ha come adempiuta se il legatario promette l'omissione e dà garanzia di restituire quanto ha ricevuto pel caso in cui ponga in essere il fatto (cauzione Muciana)[3].

Condizioni e termini risolutivi col loro adempimento producono il ritorno del legato all'onerato o la devoluzione dello stesso agli onorati in seconda linea[4]. Per questa eventuale restituzione deve l'onorato prestar sicurtà[5].

Relativamente alla questione se la condizione adempiuta abbia forza retroattiva, è in generale da rinviare a ciò che s'è detto al § 91. I, ma qui si deve ancora in particolare richiamare l'attenzione su ciò, che nella soluzione di questa questione si deve sempre in prima linea avere riguardo alla volontà riconoscibile del disponente[6].

2. Ad un legato si possono non solo apporre espressamente condizioni e termini, ma tali modalità, anche senza che siano espresse, possono risultare volute dal restante contenuto e dal contesto della disposizione[7]. È una disposizione

---

(3) Per maggiori ragguagli in proposito v. § 554 nota 7. 8. Mayer § 37 in pr. Brinz 2ª ediz. III p. 409 sg.

(4) Così Giustiniano nella l. 26 C. *de leg.* 6. 37, mentre, secondo il concetto del diritto anteriore, la condizione ed il termine risolutivi erano inammissibili nei legati. V. I § 90 nota 4, § 96 nota 6, e specialmente l. 55 D. *de leg.* I°, l. 44 § 1 D. *de O. et A.* 44. 7; ma anche l. un. § 3 D. *quando dies ususfr.* 7. 3, l. 3 § 4 D. *de adim.* 34. 4, l. 81 § 2 D. *de leg.* I°. Il diritto del legatario cessa direttamente, non soltanto per via di obbligazione; non esiste alcuna ragione, per intendere altrimenti la l. 26 cit. Presupposto naturalmente che non si tratti di un legato di cose fungibili; in questo caso le cose individuali prestate trapassano definitivamente nella proprietà del legatario, ed egli è obbligato soltanto alla restituzione in genere. Nel senso della cessazione per via di semplice obbligazione Salkowski XLIX p. 581 sg. V. I § 96 nota 6.

(5) L. 26 C. cit.

(6) Così per i legati sotto condizione risolutiva è assai ovvio che il testatore abbia voluto lasciare al legatario il godimento interinale.

(7) Così è una interpretazione ovvia d'un legato soggiunto, colle espressioni « oltre a ciò », « inoltre » (« *hoc amplius* », « *eo amplius* », « *item* »), ad una precedente liberalità condizionale, che esso sia stato sottoposto alla stessa condizione. L. 63 D. *de leg.* III° (cfr. l. 54 *eod.*), v. pure l. 108 D. *de cond.* 35. 1;

positiva attinente a questo punto, che se ad un discendente privo di figli è imposta la restituzione di ciò che gli è lasciato, egli deve adempiere quest'onere solamente quando non ha figli anche al tempo in cui deve restituire[8]. — Sulla possibilità che quel che si esprime come termine sia eventualmente una condizione, v. I § 96 *a*[9].

3. La questione, che cosa si richieda per l'adempimento di una condizione, deve caso per caso risolversi secondo la volontà del testatore da accertarsi mediante interpretazione. Sopra singole questioni e positive disposizioni relative a questo punto, v. I § 92 e III § 554 num. 2[10].

4. Le condizioni impossibili ed illecite si hanno per non apposte anche nei legati, come in genere nelle disposizioni d'ultima volontà; per maggiori ragguagli in proposito v. I § 94[11]. Sulle condizioni rimesse alla volontà

---

l. 18 § 1 D. *de cond. inst.* 28. 7, l. 77 pr. D. *de cond.* 35. 1, cfr. l. 70 *eod.*; d'altra parte l. 90 D. *de leg.* I°. V. inoltre l. 83 D. *de leg.* II°, l. 17 § 3 D. *de doli exc.* 44. 4, in ogni caso anche l. 24 pr. D. *de adim.* 34. 4, l. 95 D. *de cond.* 35. 1, dall'altra parte l. 104 § 6 D. *de leg.* I°, l. 27 pr. D. *quando dies* 36. 2, l. 14 D. *de manum. test.* 40. 4, l. 56 D. *de fideic. lib.* 40. 5. Le opinioni degli scrittori qui del resto non concordano in tutti i punti. Cfr. v. Buchholtz, *Prelegati* p. 281 sg. 505 sg., Mayer § 32 nota 5 sg., Vangerow II § 434 osservaz. 2 Nr. 2, Unger § 58 nota 3. — Qui cade in acconcio anche la massima, che la revoca condizionale d'un legato lo trasforma in lascito condizionale. L. 6 pr. D. *quando dies* 36. 2. « *Quod pure datum est si sub condicione adimatur, quasi sub condicione legatum habetur* ». L. 107 D. *de cond.* 35. 1: — « *ex diverso quoque purum datum legatum condicionale videtur, veluti quod sub condicione ademptum est, quia sub contraria condicione datum intellegitur* ». L. 10 pr. l. 14 pr. D. *de adim.* 34. 4, l. 68 § 2 D. *de leg.* I°. Effettivamente non è che una diversa espressione della revoca condizionale il dire che l'onorato debba avere la cosa legata solamente quando l'indicata condizione non si adempie. Cfr. § 640 nota 9.

(8) L. 102 D. *de cond.* 35. 1, l. 6 C. *de inst. et subst.* 6. 25, l. 30 C. *de fideic.* 6. 42. Cfr. Mayer § 32 dopo la nota 16.

(9) Mayer § 40.

(10) V., oltre agli scrittori ivi citati, ancora Mayer § 36 39.

(11) Sulla disciplina della condizione risolutiva impossibile ed illecita v. *ibid.* nota 17. Mayer § 34. 35 è bensì d'accordo con quanto si dice in questo punto, ma (§ 35 note 9. 10), quando il legato per il caso dell'adempimento della condizione è ulteriormente conferito, egli, accanto al primo onorato che ritiene il

dell'onerato o d'un terzo v. § 633 num. 6. La condizione della volontà dell'onorato fa che la devoluzione del legato ha luogo soltanto colla dichiarazione dell'onorato[12].

b. *Presupposizione.*

§ 636.

Il mancare della presupposizione, sotto la quale è stato disposto un legato[1], non ne produce la nullità; ma produce per l'onerato una eccezione contro la ragione fondata sulla disposizione di legato, e gli dà a sua volta una ragione alla restituzione di ciò che il legatario ha già conseguito[2]. Se la presupposizione ha per oggetto l'adem-

---

legato a causa dell'inefficacia della condizione, fa subentrare anche il secondo onorato. Ciò è erroneo. Comunque si possa determinare il contenuto della volontà del testatore, egli ha in ogni caso voluto che il secondo debba ricevere soltanto dopo il primo. [Condizione di non contrarre matrimonio. Seuffert XLIX. 4.]

(12) L. 65 § 1 D. *de leg.* I°. « ' *Illi, si volet, Stichum do* ' *condicionale est legatum, et non aliter ad heredem transit, quam si legatarius voluerit, quamvis alias, quod sine adiectione* ' *si volet* ' *legatum sit, ad heredem legatarii trasmittitur: aliud est enim iuris, si quid tacite contineatur, aliud si verbis exprimatur* », L. 69 D. *de cond.* 35. 1. Però bisogna por mente se anche il testatore, con una aggiunta di questa specie, abbia voluto effettivamente stabilire una condizione; è possibile che le espressioni « se vorrà, se potrà » non siano che l'espressione d'un animo discreto che non si vuol imporre. Jhering, *Ann. per la dogm.* I p. 35, Brinz 1ª ediz. p. 890, Unger § 58 nota 5, Arndts XLVI p. 373 sg.

§ 636. (1) Un prospetto dei passi delle fonti che hanno attinenza a questo punto v. in Windscheid, *Teoria della presupposizione* p. 33 sg. Da aggiungere (a pag. 41) la l. 77 § 29 D. *de leg.* II°.

(2) V. I § 97. *a*) Eccezioni: l. 72 § 6 D. *de cond.* 35. 1 (§ 633 nota 22), l. 71 § 3 *eod.*, l. 7 D. *de fideic. lib.* 40. 5. In altri passi si dice più indeterminatamente che il legatario « *petere non potest* », « *submovendus, repellendus est* », che « *denegatur ei actio* », che l'onerato « *non cogendus est praestare* », che il legato « *apud heredem remanet* », « *ab herede retinetur* ». L. 88 § 13 D. *de leg.* II°, l. 25 D. *de lib. leg.* 34. 3; l. 28 pr. D. *de test. tut.* 26. 2, l. 32 l. 36 pr. D. *de excus.* 27. 1, l. 12 § 4 D. *de relig.* 11. 7; l. 67 § 8 D. *de leg.* II°, cfr. l. 19 D. *de iure codic.* 29. 7; l. 1 § 3 D. *ubi pup.* 27. 2, l. 75 D. *ad leg. Falc.* 35. 2, l. 20 § 1 D. *de bon. lib.* 38. 2; l. 71 § 3 D. *de cond.* 35. 1, l. 28 § 1 D. *de excus.* 27. 1.

pimento d'un onere imposto al legatario[3], l'onerato non è tenuto a prestare prima che il legatario gli abbia data sicurtà per l'adempimento dell'onere[4]; a meno che un terzo abbia un diritto all'adempimento dell'onere, nel qual caso resta rimesso a costui, se voglia o no far uso del suo diritto[5]. Ove manchi la presupposizione rivolta ad una circostanza passata o presente si ha sempre un errore del testatore, e così può in questo caso anche dirsi che il legato è nullo per causa d'errore[6].

4. Sostituzione nei legati.

§ 637.

Nei legati è ammissibile la sostituzione tanto diretta, quanto fedecommissaria. La sostituzione diretta è una disposizione condizionale di legato; per essa vige, in quanto è applicabile, ciò che superiormente si è detto al § 557 per la sostituzione nella istituzione d'erede[1].

Cfr. Windscheid op. cit. p. 71 sg. — *b*) Ragione alla restituzione di ciò che s'è prestato: l. 27 D. *de usu et usufr.* 33. 2, l. 43 pr. D. *de cond.* 35. 1, l. 24 § 16 D. *de fideic. lib.* 40. 5, cfr. pure l. 17 D. *de usu et usufr.* 33. 2. Naturalmente questa ragione presuppone, che nella prestazione stessa non possa rinvenirsi una rinunzia ad opporre il mancamento della presupposizione.

(3) Questo è il caso del quale soltanto tratta l'opinione dominante sotto la denominazione tecnica: legato *sub modo*, accanto a quello condizionale ed a quello a termine (I § 97 nota 1).

(4) L. 19 D. *de leg.* III°, l. 80 D. *de cond.* 35. 1, l. 40 § 5 l. 71 *eod.*, l. 7. 48 D. *de fideic. lib.* 40. 5. L. 19 cit. « *Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiamsi non interest heredis id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum quod defunctus voluit, Nerva et Atilicinus recte putaverunt* ».

(5) Dopo la l. 3 C. *de don. quae sub modo* 8. 54 [55] appartiene a questo novero anche l'onere apposto a favore d'un terzo colla particella *ut*. Cfr. § 633 nota 8. Se non sussiste diritto di terzo, allora può anche eventualmente intervenire l'autorità per via di coazione straordinaria, l. 50 § 1 D. *de H. P.* 5. 3, l. 7 D. *de annuis* 33. 1. Cfr. in genere I § 99 nota 2.

(6) V. § 633 nota 22, e cfr. I § 97 nota 5.

(1) L. 50 pr. D. *de leg.* II°. « *Ut heredibus substitui potest, ita etiam legatariis* ». § 637. L. un. § 7 C. *de cad. toll.* 6. 51: — « *cum certi iuris sit, et in institutionibus et*

La sostituzione fedecommissaria è un legato imposto a carico del legato e a favore di un'altra persona[2]. Una specie particolare[3] di sostituzione fedecommissaria è la disposizione, che una determinata attività patrimoniale debba sempre restare conservata alla famiglia[4], in questo caso non solamente il primo detentore, ma ogni successivo, nella maniera indicata al num. 2 in f. al § 625, è gravato d'un legato a favore del membro della famiglia prossimiore in grado. La prossimità del grado per coloro che vivono alla morte del testatore va determinata in rapporto alla persona del testatore, rispetto ai nati posteriormente, in rapporto alla persona dell'ultimo detentore[5]. Secondo un precetto di Giustiniano[6], i beni lasciati in questa maniera debbono diventare liberi pervenuti che siano a mano della quarta generazione, qualora il penultimo detentore sia morto prima di raggiungere la pubertà; però il vero contenuto[7] e l'odierna applicabilità[8] di questo

---

in legatis et fideicommissis et mortis causa donationibus posse substitui ». L. 3 pr. D. *de adim.* 34. 4.

(2) V. p. es. l. 39 pr. D. *de leg.* III°, l. 36 § 1 D. *de cond.* 35. 1, l. 2 C. *quando dies* 6. 53.

(3) Marezoll, *Magazz. per la GP. e la legislaz.* IV p. 203 sg. (1825). Pfeiffer, *Svolgimenti prat.* III Nr. 2 (1831). Heimbach, *Riv. pel dir. e per la proc. civ. N. S.* V p. 42 sg. (1848). Lewis, *Il diritto del fedecommesso famigliare* [das Recht des Familienfideicommisses] p. 3 sg. 439 sg. (1868). Sintenis III § 209. Brinz 2ª ediz. III p. 480-483. Cfr. pure Jhering, *Ann. per la dogm.* X p. 511 sg.

(4) In contrapposto alla disposizione, che soltanto il primo detentore non debba portar fuori della famiglia le cose legate, § 625 nota 13 sg. Questo contrapposto è specialmente rilevato nella Nov. 159 pr. c. 1; v. inoltre l. 67 § 5. 6 D. *de leg.* II°, l. 69 § 3 *eod.*, l. 114 § 18 D. *de leg.* I°. Seuff., *Arch.* VII. 209. 210.

(5) La questione nelle fonti non è decisa. Ciò che s'è detto mi pare che esprima nel modo migliore la vera volontà dell'ereditando. Cfr. del resto Sintenis op. cit. not. 32.

(6) La Nov. 159. La l. 32 § 6 D. *de leg.* II° va riferita ad un *fideicommissum familiae libertorum relictum* (Heimbach p. 44 sg., Lewis p. 17. 20) in ogni caso è abrogata dalla indicata Novella.

(7) In ispecie si afferma che esso stabilisca l'affrancamento delle cose lasciate pervenute alla quarta mano senza la restrizione indicata nel testo; così fra

precetto sono controversi. In ogni caso esso non ha applicazione per il fedecommesso familiare tedesco, che sulla base romana si è dopo il 17mo secolo sviluppato come istituto giuridico indipendente[9].

D. *Invalidità del legato.*

Invalidità del legato come tale *.

a. *Invalidità iniziale. Regola Catoniana.*

§ 638.

I vizi che rendono invalida una disposizione di legato sono stati indicati in precedenza[1]. Qui è ancora da risolvere la questione, se un legato fatto non validamente diventi valido perchè, prima della morte del testatore, venga meno un vizio dal quale all'epoca della sua confezione era affetto[2]. Tale questione va risoluta negativa-

---

i moderni Pfeiffer, Heimbach, Lewis ll. citt., Brinz 2ª ediz. III § 423 nota 27. Sicuramente non apparisce una ragione per questa restrizione; ma essa è contenuta però nel c. 3 della Novella in tal maniera, che non mi sembra eliminabile per via d'interpretazione, e l'indicato argomento ha minor peso in una Novella di Giustiniano che non l'avrebbe altrove.

(8) Cfr. i menzionati in Pfeiffer p. 66, da ultimo Sintenis loc. cit. not. 37, Arndts § 549 not. 3, Rudorff su Puchta § 527 *b*.

(9) Il concetto direttivo del fedecommesso famigliare tedesco è il mantenimento dello splendore e della considerazione della famiglia. Cfr. i trattati del diritto privato tedesco (Beseler § 181 [3ª ediz. 176], Gerber § 83. 84, Stobbe II § 138-140 [197-199]. V. § 321), e lo scritto di Lewis (Berlino 1868) indicato nella nota 3. Ultimamente sulla storia del fedecommesso di famiglia Pfaff ed Hofmann, *Commento al cod. civ. austr.*, *Escursioni* II p. 277 sg.

(*) Forma contrapposto la invalidità del legato a causa di invalidità del testamento, nel quale esso è lasciato (§ 641).

(1) V. § 633 ed i rinvii ivi fatti. § 638.

(2) Dig. 34. 7 *de regula Catoniana*. — Harnier, *De regula Catoniana* (1820). Rosshirt, *Arch. per la prat. civ.* X p. 328-334 (1827). Guyet, *Dissertazioni tratte dal campo del diritto civile* Nr. 5 (1829). Müller, *Arch. per la prat. civ.* XIV p. 273 sg. (1831). Arndts, *Museo ren.* V p. 204 sg. (1833). Rosshirt, *Legati* I p. 412-424 (1835). Karlowa, *Negozio giuridico* p. 125-131 (1877). Vangerow II § 540, Sintenis III p. 698-700, Brinz 1ª ediz. p. 963-964, 2ª ediz. III p. 429-431. Enneccerus, *Negozio giuridico, condizione*

mente; alla possibile affermativa osta la regola Catoniana[3], che suona: il legato, che non sarebbe stato valido, se il testatore fosse morto subito dopo l'atto di disposizione, non è valido qualunque sia il tempo della morte[4]. Ma questa regola soffre una eccezione per i legati condizionali e per quei legati, la cui devoluzione per altre cause non ha luogo subito colla morte del testatore (§ 642); per essi basta l'assenza del vizio all'epoca della devoluzione[5]. Da ciò non segue però, che questi legati

---

e termine iniziale (Rechtsgeschäft, Bedingung u. Anfangstermin) p. 226 sg. [Jörs, *Storia della giurisprudenza romana* I (1888) p. 303 sg. 290, Woell, *Sulla regula Catoniana* (Diss. di Berlino 1897), Simoncelli in *Studi giuridici dedicati ed offerti a Fr. Schupfer* I (1898) p. 229 sg.]

(3) È dubbio, se di M. Portius Cato Censorius (console 559, † 605), o di suo figlio più noto come giurista († 600). Zimmern, *Storia del diritto privato rom.* I § 73. [Bremer, *Jurisprudentia antehadriana* I p. 20 opina che la regola nella sua formola sia più moderna di Catone figlio; giuristi posteriori l'avrebbero per via di astrazione ricavata da un responso di lui. In contrario Zocco-Rosa, *Scritti gratulatori per Schupfer* (v. nota 2) I p. 35 sg.]

(4) L. 1 pr. D. *h. t.* « *Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere* ». — Le singole applicazioni di questa regola, che si presentano nelle fonti, sono le seguenti; esse invero, ad eccezione della prima, oggidì non sono più pratiche. *a*) Il legato d'una cosa, che sta nella proprietà del legatario, non diventa valido per la posteriore alienazione della cosa, § 10 I. *de leg.* 2. 20, l. 41 § 2 D. *de leg.* I°. — *b*) Il legato d'una cosa incorporato ad un edifizio non diventa valido per la posteriore separazione, l. 41 § 2 cit. — *c*) Il legato ad una persona, che sta nella potestà dell'istituito, non diventa valido per la posteriore cessazione della potestà, Gai. II. 244, § 32 I. *de leg.* 2. 20, l. 90 [89] D. *de her. inst.* 28. 5. Cfr. v. Crailsheim, *Arch. per la prat. civ.* XLVII p. 392-397. — *d*) Il legato ad uno schiavo proprio non diventa valido perchè egli posteriormente consegua la libertà, cfr. l. 90 [89] D. *de her. inst.* 28. 5. — Cfr. pure l. 98 pr. D. *de V. O.* 45. 1.

(5) *a*) Legati condizionali. L. 41 § 2 D. *de leg.* I°: — « *purum igitur legatum Catoniana regula impediet, condicionale non, quia ad condicionalia Catoniana non pertinet* ». L. 98 D. *de cond.* 35. 1; Gai. II. 244, Ulp. XXIV. 23, § 32 I. *de leg.* 2. 20, l. 90 [89] D. *de her. inst.* 28. 5. — *b*) L. 3 D. *h. t.* « *Catoniana regula non pertinet ad... ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem* ». In particolare entrano in questa categoria i legati di diritti, che sono collegati alla persona, per modo che la devoluzione prima dell'acquisto è inutile, l. 1 § 2 D. *quando dies ususfr.* 7. 3, l. 18 D. *quib. mod. ususfr.* 7, 4, l. 26 D. *de stip. serv.* 45. 3; poi i legati, pei quali la devoluzione

siano validi anche quando il testatore, incapace all'epoca della disposizione, sia diventato capace prima della morte; poichè in questo caso il vizio del legato non è punto venuto meno[6]. Non si applica l'indicata eccezione (per modo che la regola Catoniana riprende efficacia) a quei vizi, la cui scomparsa non è invero assolutamente impossibile, ma sta fuori della previsione[7].

---

prima dell'acquisto sarebbe anzi dannosa, l. 7 § 6 l. 8 D. *quando dies* 36. 2, l. 86 § 1 D. *de cond.* 35. 1, l. 13 pr. D. *de opt. leg.* 33. 5. Cfr. § 642 in f.

(6) Un legato fatto da un incapace rimane tale, sebbene il disponente successivamente diventi capace. Il vizio, che affetta un legato a causa della incapacità dell'autore, può tanto poco venir meno quanto ogni altro vizio, che abbia la sua causa in una qualità dell'atto di disposizione. Possono venir meno soltanto quei vizi che hanno la loro causa nel contenuto della volontà di legato: all'attuazione della volontà di legato può in un dato momento opporsi un ostacolo, che in un altro momento è venuto meno. Eccezione positiva: § 624 nota 3. — Alcuni scrittori (Arndts p. 209 sg., Vangerow Num. I. 5, Brinz 1ª ediz. p. 964, 2ª ediz. III p. 430), contro l'opinione dominante, equiparano all'incapacità del testatore l'incapacità dell'onorato. Questa affermazione io la ritengo non sufficientemente fondata. Essa viene basata su ciò che, secondo il concetto romano, il venire onorati d'un legato sia pure partecipazione all'atto di disposizione. Ciò può essere esatto per i legati; ma se lo sia anche per i fedecommessi, per me è più che dubbio. E poichè neppure per i legati vi è un solo passo nelle nostre fonti che esprima recisamente la massima, che la capacità dell'onorato al momento della morte non basti neppure nei casi sottratti alla regola Catoniana, ed in ispecie nei legati condizionali — recisamente non pronunzia certo questa massima neppure la l. 60 [59] § 4 D. *de her. inst.* 28. 5, alla quale si fu ricorso — così io ritengo più sicuro l'attenersi all'opinione dominante. Arroge, che se nella l. 6 D. *h. t.* si dice: « *Regula Catoniana ad novas leges non pertinet* », quindi: essa non si riferisce alla c. d. capacità di acquistare (§ 550), è ovvia la conclusione, che essa sicuramente si riferisce anche alla capacità di venir onorati, quindi vi si riferisce anche colle sue eccezioni. Concorda nel risultato, sebbene diverga nella motivazione, Karlowa p. 128.

(7) In questo senso io ritengo esatta la massima insegnata da Arndts p. 214 sg. e da Brinz 1ª ediz. p. 964. 2ª ediz. p. 430, che il legato d'una *res extra commercium* non sia valido neppure come condizionale. I menzionati scrittori adducono a prova, che anche la stipulazione condizionale d'una tal cosa sarebbe puramente e semplicemente invalida, v. l. 83 § 5 D. *de V. O.* 45. 1, l. 137 § 6 *eod.*, § 2 I. *de inut. stip.* 3. 19, e d'altra parte l. 31 D. *de V. O.* Io aggiungo l. 39 § 8 D. *de leg.* 1°: « *furiosi est talia legata testamento adscribere* ». V. pure Karlowa p. 130.

La regola Catoniana non costituisce una particolarità quanto al suo contenuto; essa è piuttosto una applicazione della massima generale[8], che un negozio giuridico non validamente formato non cessa d'essere invalido perchè la causa, che lo ha reso invalido, posteriormente venga meno[9], e vuol soltanto accentuare che la validità di un legato non deve meno commisurarsi a stregua dello stato di cose sussistente al tempo della sua confezione, per ciò che esso è destinato ad avere effetto soltanto colla morte del testatore[10]. Ma la regola Catoniana costituisce una particolarità quanto alla sua espressione[11]: essa si fonda sul concetto, che la pronunzia del diritto sulla validità ed invalidità d'un legato non abbia luogo subito all'epoca della confezione di questo, ma soltanto all'epoca della sua devoluzione[12]. Questa espressione della regola non è neppure rimasta senza conseguenze, ed in ispecie si fondano in parte su di essa le testè menzionate eccezioni alla regola[13],

---

(8) Cfr. I § 83 Num. 1.

(9) L. 29 D. *de R. I.* 50. 17. « *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* ». In particolare applicazione alle disposizioni d'ultima volontà l. 201 *eod.* « *Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint* ».

(10) Questa opinione intorno alla base della regola Catoniana viene sostenuta specialmente da Vangerow loc. cit. Sopra altre opinioni (« in parte proprio stupefacenti », Vangerow l. c.) v. Harnier § VI sqq., Rosshirt, *Arch.* p. 329 sg. e *Leg.* p. 417 sg., Guyet p. 106 sg., Müller p. 278 sg., Arndts p. 240 sg., Karlowa p. 130.

(11) Questo punto neppure da Vangerow è rilevato nella misura, in cui qui s'è fatto.

(12) La regola non dice: il legato, che all'epoca della confezione non è valido, resta invalido; ma essa dice: il legato è invalido all'epoca della morte, in qualunque tempo essa si verifichi, se sarebbe stato invalido in caso di morte all'epoca della confezione. — L'opposto concetto si trova p. es. nella l. 41 § 2 D. *de leg.* I°: — « *et si quidem ab initio non constitit legatum, ex post facto non convalescet* », — « *quia vires ab initio legatum non habuit* ».

(13) Nel formulare la regola non si è pensato al caso, in cui il termine per la devoluzione del legato possa eccezionalmente essere diverso dal tempo della morte del testatore. Ma se questo termine è diverso, neppure secondo lo spirito dell'idea che sta a base della regola si pronuncia sulla validità od invalidità del legato all'epoca della morte, e non si può quindi neppur dire che esso a

mentre altre conseguenze, che in sè e per sè ne sarebbero derivate, sono state espressamente declinate dalla giurisprudenza romana[14].

Se la regola Catoniana non è stata stabilita anche per le istituzioni d'erede[15], ciò si spiega colla natura dei vizi che si verificano quanto alle istituzioni d'erede[16].

---

quest'epoca sia invalido. — In ogni caso questa è l'unica spiegazione che si presenta per l'eccezione alla regola Catoniana indicata alla nota 5, lett. *b*, mentre sicuramente pei legati condizionali è possibile anche un'altra spiegazione, cioè in base al concetto che la validità d'un legato non deve commisurarsi a stregua dello stato di cose sussistente al tempo della confezione quando esso ha posta in questione la sua stessa efficacia. E a favore di questa spiegazione sta il fatto, che anche per le stipulazioni vige la stessa eccezione, v. l. 31 D. *de V. O.* 45. 1 (invero anche l. 26 D. *de stip. serv.* 45. 3). V. del resto d'altra parte Gai. II. 244 i. f. — Un'altra conseguenza, oggidì non più pratica, della espressione della regola Catoniana v. in Gai. II. 245, Ulp. XXIV. 24, § 33 I. *de leg.* 2. 20, l. 91 pr. D. *de leg.* I°, l. 17 i. f. D. *quando dies* 36. 2 (il legato all'avente potestà sull'erede istituito è invalido solamente quando il rapporto di potestà sussiste ancora al tempo dell'adizione dell'eredità, cfr. nota 4 sotto alla lett. *c*).

(14) V. l. 1 § 1. 2 l. 2 D. *h. t.* Nei casi trattati in questi passi l'applicazione della regola Catoniana avrebbe condotto ad una aperta contraddizione colla volontà del testatore. Cfr. Arndts p. 206 sg. — Conseguenza della regola Catoniana sarebbe stata in sè e per sè anche quella che la questione sull'invalidità del legato per eccesso nella misura avrebbe dovuto risolversi secondo lo stato del patrimonio al tempo della confezione. Per questo caso nelle nostre fonti non si trova una espressa menzione della non applicabilità della regola Catoniana.

(15) L. 3 D. *h. t.* « *Catoniana regula non pertinet ad hereditates* ».

(16) La regola Catoniana si riferisce soltanto ai vizi che possono venir meno, e la maggior parte dei vizi che si verificano nelle istituzioni d'erede non possono venir meno, perchè sono vizi dell'atto di confezione (nota 6). Ciò vige anche per l'incapacità dell'istituito, poichè il diritto romano concepisce l'istituzione d'erede assolutamente come atto conchiuso coll'istituito, per cui specialmente l'istituzione in erede d'un incapace non diventa valida colla posteriore cessazione dell'incapacità (§ 549 nota 2). Non diversamente si deve intendere la l. 4 D. *h. t.*: « *Placet Catonis regulam ad condicionales institutiones non pertinere* ». Ma il diritto romano concepisce anche la preterizione d'un *suus* come vizio dell'atto di confezione, non come ostacolo all'attuazione della volontà d'istituzione; l'opposta opinione si è invero affacciata nella giurisprudenza romana, ma non prevalse. Gai. II. 123, pr. I. *de exher. lib.* 2. 13, l. 7. 8 D. *de lib.* 28. 2. Non era possibile questo concetto per la preterizione d'un erede necessario, al quale dalla preterizione derivava un diritto d'impugnativa; ma

L'odierna applicabilità della regola Catoniana è, a torto, contrastata[17].

b. *Invalidità susseguente.*

§ 639.

Un legato validamente fatto perde la sua validità[1]:

1) per l'incapacità giuridica del testatore sopraggiunta dopo la confezione e non nuovamente cessata prima della morte[2];

2) per l'incapacità del legatario a venir onorato, sopraggiunta dopo la confezione e non nuovamente cessata prima della devoluzione[3];

---

qui era appunto anche intuitivo, che colla scomparsa dell'avente diritto d'impugnativa prima della morte dell'ereditando il diritto stesso d'impugnativa vien meno. — Sopra altre opinioni relativamente alla non applicazione della regola Catoniana ad istituzioni d'erede v. gli scrittori citati alla nota 10.

(17) La contestazione (così specialmente v. Löhr, *Magazz. per la GP. e per la legislaz.* III p. 196 sg., Guyet loc. cit., Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* XI p. 270, ed ancora ultimamente Sintenis III § 212 not. 6, cfr. anche Unger § 67 nota 14) vien fondata su che nei fedecommessi si ponesse mente solo al tempo della morte dell'ereditando. Ma la l. 1 § 1. 5 D. *de leg.* III°, alla quale in proposito si ricorre, si basa sulla possibilità d'una disposizione fedecommessaria priva di qualsiasi formalità. Müller loc. cit., Arndts p. 245 sg., Fein, *Cont. di Glück* XLIV p. 41 sg., Vangerow loc. cit. Num. V. — Sull'opinione, che nel diritto romano la *regula Catoniana* non abbia avuto vigore nel tempo intermedio fra la *lex Julia et Papia Poppaea* e la l. un. C. *de cod. toll.*, v. Vangerow loc. cit. Num. IV.

§ 639. (1) Del divenire invalido il legato si può parlare soltanto fino all'acquisto del legato (§ 642) e rispettivamente fino all'acquisto dell'eredità (nota 4 in f.). I fatti che si verificano posteriormente colpiscono non il legato (la disposizione di legato), ma il diritto conseguito per via del legato.

(2) Cfr. § 624 nota 1, § 563 Num. 1.

(3) L'incapacità dell'onorato, nuovamente cessata prima della devoluzione, non nuoce nè secondo il concetto, che vede nella incapacità dell'onorato un vizio dell'atto di confezione (cfr. § 638 nota 6) — poichè v. l. 60 [59] § 4 D. *de her. inst.* 28. 5 e § 549 nota 2 — nè secondo il concetto, che ritiene l'incapacità dell'onorato soltanto un ostacolo alla esecuzione della volontà del legato — poichè la *regula Catoniana* non si riferisce secondo la sua lettera a quegli ostacoli che sopravvengono dopo la confezione, nè esiste una ragione per esten-

3) per ciò che sopraggiunga dopo la confezione, e non cessi nuovamente prima dell'acquisto dell'eredità [4], la impossibilità dell'adempimento del legato [5], come pure per ciò che negli stessi limiti sopraggiunga la illiceità del legato [6];

---

derla ad essi. La cessazione dell'incapacità dopo la devoluzione e prima dell'acquisto non giova secondo alcuno dei due concetti, non giusta il primo arg. l. 60 [59] § 4 cit. (§ 549 nota 2), non giusta il secondo, perchè il legato già colla devoluzione si connette saldamente al legatario. Per la stessa ragione l'incapacità verificantesi soltanto dopo la devoluzione, non nuoce secondo alcuno dei due concetti. Cfr. § 642 nota 8.

(4) Si è già detto nella nota precedente, che la *regula Catoniana* non comprende le cause di invalidità posteriori. Cfr. Arndts XLVI p. 278 sg. Se qui non si è posta come limite la devoluzione del legato, ciò dipende dalla l. 45 D. *de leg.* I°, sul qual passo è da osservare: *a*) la devoluzione del legato imposto al sostituito pupillare si verifica colla morte del padre, non colla morte del pupillo (§ 642 nota 3 in f.); *b*) « *utile legatum est* », cioè come se il legatario non avesse mai acquistata la cosa legata, e non già nel senso che possa solo richiedersi il prezzo (nota 5); *c*) ma ciò non deve aver luogo in caso di mala fede del legatario (« *antequam scires tibi legata esse* »). Cfr. l. 66 § 1 D. *de leg.* II°, il qual passo tratta del tempo posteriore all'acquisto ed Arndts op. cit. p. 335 sg. Se d'altra parte si è posto come limite non l'acquisto del legato, ma l'acquisto dell'eredità, ciò ha la sua ragione in questo, che coll'acquisto dell'eredità comincia l'obbligo dell'onerato anche quando il legato è sottoposto a condizione od a termine, e quindi una impossibilità (sopravveniente dopo questo tempo) senza colpa di lui o già esistente in questo tempo deve anche liberarlo definitivamente.

(5) In sè e per sè appartiene a questo punto, anche il caso, in cui il legatario dopo la confezione del legato acquista la proprietà della cosa legata; però, secondo la presunta volontà del testatore, in questo caso il legato è tenuto fermo in quanto il legatario non ha conseguita la cosa con risultato pel suo patrimonio egualmente favorevole, come si sarebbe verificato, se egli l'avesse conseguita mediante il legato. Cfr. II § 343*a*. Dei passi delle fonti addotti nel luogo citato non sono qui pertinenti quelli che presuppongono l'acquisto del legato o rispettivamente dell'eredità, ma lo è in ispecie il § 6 I. *de leg.* 2. 20. « *Si res aliena legata fuerit et eius vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest: si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse* ». V. inoltre § 9 *eod.*, l. 34 § 7. 8 D. *de leg.*, I°, l. 82 § 2 init. § 4 *eod.* l. 73 D. *de leg.* II°, l. 102 § 2 D. *de leg.* III°. — In ipotesi però la volontà del testatore può anche tendere a che il legato debba incondizionatamente essere tenuto fermo. L. 21 § 1 D. *de leg.* III°.

(6) L. 41 § 15 D. *de leg.* I.

4) per la morte del legatario prima della devoluzione[7];

5) per il venir meno dell'onerato[8], fatta astrazione dal caso qui non pertinente (§ 641), in cui col venir meno dell'onerato diventa invalido l'intiero testamento, il legato di regola non diviene invalido, ma secondo la presunta volontà del testatore allora sopporta il legato colui, al quale la scomparsa dell'onerato torna a profitto[9]. Una eccezione vige solamente per i casi in cui, al posto d'un erede *ab intestato*, che sparisce, subentra il successivo erede *ab intestato*[10], ed in cui al posto del legatario che viene a mancare subentra il collegatario non verbalmente congiunto[11].

6) Una causa molto estesa del divenire invalido il legato è la revoca per parte del testatore. Di questa è da trattare particolarmente.

In particolare della revoca del legato *.

§ 640.

Il legato può essere revocato nel contesto della stessa disposizione complessiva, nella quale è stato lasciato,

---

(7) Dopo la devoluzione il legato trapassa agli eredi (§ 642).

(8) Cfr. su questo caso Francke, *Contributi* p. 111-136, Arndts XLVII p. 264-287.

(9) In particolare: *a*) il sostituito, l. 74 D. *de leg.* I°, l. 61 § 1 l. 77 § 15 l. 82 § 1 D. *de leg.* II°, l. 4 C. *ad S. C. Treb.* 6. 49; *b*) il coerede subentrante per diritto d'accrescimento, come pure il *collegatarius re et verbis coniunctus*, l. un. § 10. 11. 14 C. *de cad. toll.* 6. 51 l. 49 § 4 l. 61 § 1 D. *de leg.* II, cfr. l. 29 § 1. 2 *eod.*; *c*) il fisco, al quale si devolve una eredità vacante, § 622 nota 5; *d*) se un legato è gravato d'un altro legato colui, che è esonerato dal prestare il legato che vien meno, l. un. § 4. 9 C. *de cad. toll.* 6. 51, l. 29 pr. D. *de leg.* II°.

(10) L. 1 § 9. 10 D. *de leg.* III°. Presupposto naturalmente che il legato sia stato imposto proprio a questo determinato erede *ab intestato*, non agli eredi *ab intestato* in genere, cfr. § 630 nota 6. Di div. op. pel caso, in cui la prossimità del grado non decide, Kohler, *Arch. per la prat. civ.* LIX p. 98 sg., senza sufficiente giustificazione.

(11) V. nota 9 lett. *b* e § 644 nota 15.

(*) Inst. 2. 21 *de ademptione legatorum et translatione*. Dig. 34. 4 *de adi-*

oppure dopo la sua confezione[1]. Nell'uno e nell'altro caso la revoca non abbisogna di una data forma[2]. La revoca può essere manifestata anche colla cancellatura della disposizione scritta contenente il legato[3], come pure tacitamente[4] con qualunque atto che contenga una indubbia espressione della volontà di revocare[5]. Anzi il legato si ha per revocato già quando fra il testatore ed il legatario i rapporti si sono talmente alterati che non può più presumersi la persistenza della volontà di legare[6]. Nella confezione d'un testamento dopo un codicillo nel dubbio non può rinvenirsi una revoca dei legati fatti nel codicillo[7]. Una revoca inintelligibile è tanto poco tenuta in conto, quanto

---

mendis vel transferendis legatis vel fideicommissis. — Rosshirt I p. 429-446. Arndts, *Diz. G.* VI p. 297-301.

(1) Pr. I. *h. t.* « *Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur sive codicillis, firma est* ». L. 12 § 3 D. *de leg.* I°. « *In legatis novissimae scripturae valent, quia mutari causa praecedentis legati vel die vel condicione vel in totum ademptione potest* ». L. 17 l. 3 § 8 l. 28 D. *h. t.* 34. 4, l. 40 § 2 l. 51 pr. l. 87. 89 D. *de cond.* 35. 1. Cfr. § 562 nota 4, § 554 nota 15. §640.

(2) Nei legati la revoca priva di formalità generava soltanto una *doli exceptio*, Ulp. XXIV. 29, l. 3 § 11 i. f. l. 15 D. *h. t.* 34. 4, mentre i fedecommessi (venivano direttamente estinti « *nuda voluntate* »), l. 3 § 11 cit. Il passo delle istituzioni pr. I. *h. t.* non ricorda più neppure pei legati questo contrapposto. Seuff., *Arch.* IV. 240.

(3) L. 16. 17 D. *h. t.* 34. 4.

(4) La revoca mediante cancellazione non è revoca tacita nel senso tecnico della parola, più di quanto la dichiarazione di volontà mediante gesti sia una tacita dichiarazione di volontà. Cfr. I. § 72 sulla nota 7.

(5) P. es. mediante alienazione della cosa legata. L. 15. 18. 24 § 1 l. 25 D. *h. t.*, l. 11 C. *de leg.* 6. 37. Cfr. § 654 nota 13. Trasformazione della cosa: cfr. l. 44 § 2-4 D. *de leg.* I°, l. 39 D. *de leg.* II°, l. 79 § 2 D. *de leg.* III°, l. 88 *eod.* Cfr. del resto Unger § 67 nota 6. Seuff., *Arch.* VI. 53, XVI. 132, XXXI. 155. [Il testatore concede l'oggetto del legato mentre ancora è in vita, cosa possibile anche per il legato di una somma di denaro. Seuff. LIII. 195 (Trib. dell'Imp.)].

(6) L. 3 § 11 l. 4 l. 31 § 2 D. *h. t.* l. 9 pr. § 1 D. *de his quae ut ind.* 34. 9. Dernburg III § 106 nota 9.

(7) § 1 I. *de codic.* 2. 25, l. 5 D. *de iure cod.* 29. 7. Questa massima è però controversa. Cfr. Fein, *Cont. di Glück* XLIV p. 168 sg., Mayer § 20 not. 9-12, Sintenis III § 208 not. 7, Vangerow II § 526 p. 439, Unger § 61 nota 7, Sonnenschmidt, *Nuove illustrazioni pratiche* p. 146 sg. Seuff., *Arch.* IX. 192, XLI. 277.

un lascito inintelligibile[8]; una revoca condizionale rende il legato stesso condizionale[9].

Una revoca del legato sta anche nella disposizione d'un altro legato in luogo dello stesso[10], sia che la mutazione si riferisca all'oggetto del legato, o ad una delle persone

---

(8) Controverso pel caso, in cui la revoca non fa conoscere a quale dei più legati essa si riferisca. Relativamente a tale controversia sussiste, secondo la tradizionale lezione, una contraddizione fra la l. 3 § 7 D. *h. t.* 34. 4 e la l. 10 [11] pr. D. *de reb. dub.* 34. 5, entrambi i frammenti d'Ulpiano. Sopra tentativi di conciliazione v. Göschen, *Riv. per la G. P. stor.* I p. 105 sg., Klüpfel, *Arch. per la prat. civ.* II p. 83 sg., Gitzler, *Temi N. S.* I p. 309 sg., Huschke, *Riv. pel dir. e per la proc. civ. N. S.* IV p. 288 sg., Arndts, *Diz. G.* VI p. 299 nota 150, Kohler, *Riv. di Grünhut* VII p. 714 sg., Brinz, 2ª ediz. III p. 436 nota 41. Altri scrittori cercano di rimediare col cambiare la interpunzione (punto interrogativo dopo « *debebitur* » o dopo « *datum erit* »), Hepp, *Arch. per la prat. civ.* IX p. 377 sg., Lang, *Ermeneutica* p. 277, Sintenis III § 212 not. 16, cfr. pure Pöschmann negli *Ann. di Schletter* III p. 251 sg.; altri ancora coll'emendare il testo (nella l. 3 § 7 cit. « *neutri legatum debebitur* » invece di « *utrique* », o « *delebitur* » invece di « *debebitur* », o nella l. 10 [11] cit. i. f. « *in ademptione autem utrumque valere* » invece di « *ademptionem autem in utrumque valere* », o « *neutrimque* » invece di « *in utrumque* »), Gans, *Arch. per la prat. civ.* I p. 457 sg., v. Herrnstorff, *Ib.* I. p. 466 sg. Riedel, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* XIII p. 293 sg., Vangerow II § 541 osserv.; Wunderlich negli *Ann. di Sell* I p. 322 sg.; Göschen, *Riv. per la GP. stor.* I. p. 96; Th. Mommsen nella sua edizione delle pandette. Ma rispetto alla sostanza gli uni danno la prevalenza alla l. 3 § 7 cit., che dichiara non valida la revoca, gli altri alla l. 10 [11] cit., che la rende operativa per tutti i legati. La prima opinione qui adottata, con riconoscimento della contraddizione, si fonda sulla massima indicata nel testo (§ 633 nota 2, v. pure l. 14 § 1 D. *h. t.* 34. 4). Di questa prima opinione sono Göschen loc. cit., Arndts, *Diz. G.* VI p. 299 e *Tratt.* § 551 not. 5, Brinz loc. cit., Unger § 61 nota 8, Th. Mommsen loc. cit., Dernburg III § 106 nota 13. L'opposta opinione vien sostenuta da Gans, v. Herrnstorff, Klüpfel, Wunderlich, Riedel, Lang, Pöschmann, Sintenis, Vangerow ll. cit., anche da Rosshirt, *Leg.* I p. 436 sg.

(9) L. 10 pr. D. *h. t.* « *Si legatum pure datum Titio adimatur sub condicione et pendente condicione Titius decesserit, quamvis condicio defecerit, ad heredem Titii legatum non pertinebit: nam legatum cum sub condicione adimitur, perinde est, ac si sub contraria condicione datum fuisset* ». L. 14 pr. *eod.*, l. 107 i. f. D. *de cond.* 35. 1, l. 6 pr. D. *quando dies* 36. 2, l. 68 § 2 D. *de leg.* I°; l. 7-9 D. *h. t.* 34. 4. Cfr. § 635 nota 7 e II § 354 nota 10.

(10) Le fonti chiamano ciò *translatio legati.* L. 5 D. *h. t.* « *Sicuti adimi legatum potest, ita et ad alium transferri, veluti hoc modo: ' quod Titio legavi, id Seio do lego ': quae res in personam Titii tacitam ademptionem continet* ».

che nel legato vengono in considerazione, o disposizioni accessorie[11]. La validità del secondo legato non è nel dubbio presupposizione della abrogazione del primo[12].

Invalidità del legato a causa di invalidità del testamento[*].

§ 641.

La regola è, che i legati fatti in un testamento od in un codicillo testamentario stanno e cadono col testamento, sebbene essi stessi non vengano tocchi dalla causa, che rende invalido il testamento[1]. A questa regola vi sono però eccezioni[2].

---

(11) L. 6 pr. D. *h. t.* « *Translatio legati fit quattuor modis: aut enim a persona in personam transfertur; aut ab eo qui dare iussus est, transfertur ut alius det; aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei; aut quod pure datum est, transfertur sub condicione* ». L. 6 § 1. 2 l. 7-9 D. *eod.*, § 1 I. *h. t.* 2. 21. È questione d'interpretazione, se ed in quanto il testatore abbia voluto disporre il secondo legato effettivamente in luogo del primo, quindi abbia voluto rivocare il primo per mezzo del secondo, e similmente, se egli nel secondo legato non abbia voluto ripetere le disposizioni accessorie del primo. L. 33. 34 pr. D. *de leg.* I°, l. 44 § 1 D. *de leg.* II°, l. 7. 9 D. *h. t.* 34. 4, l. 87-89 D. *de cond.* 35. 1, l. 7 pr. C. *de leg.* 6. 37; l. 24 pr. D. *h. t.* 34. 4. Cfr. Schrader, *Arch. per la prat. civ.* XXXIII p. 1 sg. Anche Seuff., *Arch.* XXXI. 155.

(12) L. 20 D. *h. t.* 34. 4, l. 34 pr. D. *de leg.* I°. [Trib. dell'Imp. XXXI p. 168 sg. vuole qui, a ragione, che decida l'interpretazione e ritiene, pure a ragione, che invero quando il testatore muta la persona dell'onorato la revoca del primo legato sia nel dubbio efficace anche se il secondo non abbia valore, che al contrario quando il testatore muta la disposizione nell'interesse dell'onorato la volontà revocatoria debba ammettersi solo in quanto la nuova disposizione possa validamente sottentrare all'anteriore. Concorde anche Eck, *Ann. per la dogm.* XXXV p. 313 sg.]

(*) Francke, *Contributi* p. 136 sg. Vangerow II § 539.

(1) L. 9 D. *de test. tut.* 26. 2, l. 3 § 2 D. *de iure cod.* 29. 7, l. 81 D. *de leg.* II°, l. 1 § 1 D. *de leg.* III°, l. 181 D. *de R. I.* 50. 17, l. 2 C. *si om. sit causa* 6. 39, l. 14 C. *de fideic.* 6. 42. Codicillo testamentario: § 630 nota 5. § 641.

(2) Oltre alle eccezioni menzionate in seguito è contenuta una ulteriore eccezione nella l. 28 D. *de inoff.* 5. 2, l. 93 [92] D. *de her. inst.* 28. 5. Ma questa eccezione deve considerarsi sorpassata dalla evoluzione complessiva del diritto romano; il che invero non corrisponde all'opinione dominante. Cfr. § 548 nota 16. — Non costituisce eccezione il fatto che i legati sieno tenuti fermi per

1. I legati non sono pregiudicati dalla invalidità del testamento verificantesi in base alla Nov. 115[3].

2. Alla stessa maniera sussistono i legati ad onta della caducità della istituzione d'erede contenuta nel testamento, se il testatore l'ha cancellata coll'intenzione, che il residuo contenuto del testamento debba restar saldo[4].

3. [5]Il non acquisto dell'eredità per parte dell'erede istituito[6] non nuoce ai legati quando l'istituito maliziosamente tralasciò di acquistare allo scopo di far giungere a sè o ad altri l'eredità libera da legati[7]; malgrado del non

---

via della clausola codicillare. I legati in questo caso non vengono tenuti fermi come lasciati nel testamento. — Non costituisce inoltre eccezione la massima, che la sentenza, che dichiara invalido il testamento, ottenuta contro l'erede testamentario non può venir opposta ai legatari quando l'erede istituito non ha difeso, o non ha seriamente difeso, il testamento. Questa massima contiene soltanto una eccezione alla eccezione dell'altra massima, che la cosa giudicata della sentenza è limitata alle parti. — Sopra e contro l'affermazione, che i legati sussistono anche quando l'erede istituito si esonera dalla eredità mediante *beneficium abstinendi* od *in integrum restitutio*, v. l. 7 D. *si quis om. causa* 29. 4, l. 1 § 4 D. *ut in poss*. 36. 4, l. 5 D. *de cond. ind.* 12. 6, e Francke op. cit. p. 142 sg., Vangerow op. cit. p. 500 sg., cfr. § 595 nota 7. 13. La l. 22 D. *de min.* 4. 4 dice soltanto che il minorenne non è tenuto a rifondere i legati pagati, non che essi non possano venir ripetuti dai creditori. — Cfr. pure § 563 nota 8 verso la f.

(3) V. § 587 nota 6, § 591 in f.

(4) L. 2 D. *de his quae in test. del.* 28. 4. L'opinione dominante (cfr. in particolare Mühlenbruch, *Cont. di Glück* XXXIX p. 90 sg.) riferisce questo frammento ad un caso d'indegnità, per modo che il fisco interverrebbe e sopporterebbe i legati in conformità alla regola dell'indegnità (§ 674 nota 5). Ma osta a questa spiegazione il riflesso, che il menzionato frammento fa subentrare allo *institutus* il *substitutus*. E v. l. 2 § 7 l. 8 § 3 D. *de B. P. s. t.* 37. 11, e cfr. § 673 nota 1.

(5) Dig. 29. 4 *si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem*. Cod. 6. 39 *si omissa sit causa testamenti*. — Mühlenbruch XLIII p. 449-479. — Vangerow loc. cit. osserv. 2.

(6) *Testamentum destitutum o desertum*, § 536 nota 8. Rinuncia dei più istituiti l. 18 pr. D. *h. t.* 29. 4.

(7) Secondo una disposizione dell'editto pretorio. L. 1 pr. D. *h. t.* 29. 4. « *Praetor voluntates defunctorum tuetur et eorum calliditati occurrit, qui omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve eius possident ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex iudicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas, et in eos actionem pollicetur* ». L. 4 pr. [§ 1] D. *h. t.*: « *in necem lega-*

acquisto in questo caso è tenuto ai legati colui, al quale in conseguenza del non acquisto si devolve l'eredità, l'istituito stesso[8] od il terzo[9]. Se l'istituito si è fatto pagare pel non acquisto a favore del terzo, rispondono entrambi, il terzo però in prima linea[10]. Similmente, ad onta del non acquisto dell'eredità, è tenuto il legatario, che, onerato d'un legato, impedisce l'acquisto dell'eredità[11].

4. Neppure nuoce ai legati il non acquisto dell'eredità per parte dell'erede istituito quando ha per conseguenza che l'eredità si devolve al fisco[12].

---

tariorum »; § 1: « *ob evertenda iudicia* »; « *in fraudem eorum, quibus quid relictum est* ». — Non acquisto dell'eredità: l. 1 § 6. 7. 8 D. *h. t.* 29. 4; l. 6 § 9 l. 23 *eod.;* l. 1 § 1-4 *eod.* Non acquisto colla dolosa intenzione di togliere di mezzo i legati: l. 1 pr. D. *h. t.* (v. sopra), l. 1 § 4 l. 4 pr. § 1 l. 5 l. 6 pr. — § 4 l. 17 l. 26 § 1 D. *h. t.*, l. 77 § 31 D. *de leg.* II° L. 17 D. *h. t.* cit. « *Si quis omissa causa testamenti omnino eam hereditatem non possideat, excluduntur legatarii: nam liberum cuique esse debet etiam lucrosam hereditatem omittere, licet eo modo legata libertatesque intercidunt* ». L. 6 § 3 D. *h. t.* cit.: « *Non simpliciter autem praetor pollicitus est se daturum actionem, sed causa cognita: nam sive invenerit testatorem huius rei auctorem esse ipsumque permisisse ab intestato succedere aut si qua alia iusta causa omittendi intervenerit, utique non dabit actionem in eum legatorum* ».

(8) L. 1 pr. § 9 l. 6 § 7 D. *h. t.* 29. 4; l. 1 pr. l. 13-16 D. *h. t.*, l. 1 § 9 l. 30 D. *h. t.* La ragione dura solamente quanto il possesso, presupposto che esso non sia dolosamente abbandonato, l. 1 § 9-11 l. 6 § 5. 6 cfr. l. 4 § 3 D. *h. t.*, ma trapassa col possesso agli eredi, l. 12 § 1 D. *h. t.* La dolosa non consecuzione del possesso s'equipara al possesso, l. 1 § 12 D. *h. t.*

(9) L. 2 § 1 l. 3 l. 4 pr. § 1 l. 10 pr. D. *h. t.* 29. 4. Ciò che s'è detto nella precedente nota vale anche per questo caso.

(10) L. 2 l. 3 l. 4 § 1 l. 10 pr. D. *h. t.* 29. 4.

(11) L. 4 § 2 D. *h. t.*

(12) L. 96 § 1 D. *de leg.* I°. Cfr. § 622 nota 5.

E. *Devoluzione ed acquisto del legato**.

1. Momento e portata della devoluzione e dell'acquisto.

§ 642.

Il legato si devolve all'onorato[1] (astraendo da casi eccezionali, v. in seguito) subito colla morte del testatore[2], o, se è condizionale, coll'avverarsi della condizione[3]. Ma colla devoluzione il legato non è anche subito acquistato dall'onorato, cioè egli non ha subito il diritto datogli dal legato[4];

(*) Dig. 36 2 *quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat.* Cod. 6. 53 *quando dies legati vel fideicommissi cedit.* — Arndts, *Diz. G.* VI p. 303-305, v. Crailsheim, *Arch. per la prat. civ.* XLVII p. 368 sg. (1864). Arndts, *Cont. di Glück* XLVIII p. 199-352 (1878, pur troppo l'ultima parte di questa eccellente elaborazione della teoria dei legati, pubblicata da Brinz ed Hofmann su ciò che è stato lasciato dall'aut.). Sintenis III § 213, Brinz 1ª ediz. § 221. 2ª ediz. III § 427. Unger § 62. Enneccerus, *Negozio giuridico, condizione e termine iniziale* p. 422 sg. 600 sg.

§ 642. (1) Le fonti dicono: *dies legati* (*fideicommissi*) *cedit.* Cfr. l. 213 D. *de V. S.* 50. 16.

(2) L. 5 § 1 D. *h. t.*, l. un. § 1. 5 C. *de cad. toll.* 6. 51 (cfr. Ulp. XXIV. 31).

(3) L. 5 § 2 D. *h. t.* Condizione vera e valida: l. 7 § 5 l. 22 § 1 D. *h. t.*, l. 21 § 1 *eod.*, l. 107 D. *de cond.* 35. 1, cfr. I § 87 nota 8; l. 5 § 3. 4 D. *h. t.*, l. 79 pr. D. *de cond.* 35. 1, cfr. I § 87 nota 3. È una vera condizione anche quella della volontà dell'onorato, perchè la devoluzione del legato in sè e per sè si verifica senza la volontà del legatario, l. 65 § 1 D. *de leg.* I°, l. 69 D. *de cond.* 35. 1. Cfr. § 635 nota 12. — Il termine non sospende la devoluzione del legato, l. 5 § 1 l. 21 pr. D. *h. t.*, se esso non è in realtà una condizione (*dies incertus*), v. I § 96 *a* note 5-7 ed i passi delle fonti e gli scrittori ivi citati, inoltre Mayer § 40. 41. — Il fatto che l'attribuzione all'onerato sia condizionale, non sospende la devoluzione d'un legato in se stesso incondizionato, l. 7 § 1-3 l. 21 § 1 D. *h. t.* Quindi in ispecie la devoluzione del legato imposto al sostituito pupillare si verifica subito colla morte del testatore, l. 1 l. 7 § 4. 5 D. *h. t.* [Heinsius, *Il « dies cedens » dei legati a' quali è stato apposto un « dies »* (der d. c. der Vermächtnisse, denen ein d. hinzugefügt ist), diss. di Erlangen 1895.]

(4) La terminologia dominante indica coll'espressione acquisto del legato ciò, che qui vien chiamato devoluzione del legato, e distingue poi fra acquisto del legato ed acquisto del diritto legato. Ma se si pensa, che l'espressione legato non può indicare che o la disposizione di legato od il diritto legato, e che non può farsi parola d'un acquisto della disposizione di legato, si giunge necessariamente al risultato, che l'acquisto del legato è appunto acquisto del diritto

per ciò invero non si richiede, come per l'eredità, la dichiarazione di volontà dell'onorato (§ 643), ma si richiede però l'acquisto dell'eredità[5], e, se il legato è a termine, si richiede che giunga il momento indicato[6]. La portata della devoluzione è piuttosto soltanto quella di dare all'onorato una sicura prospettiva del futuro acquisto secondo la volontà del testatore, e di porre con ciò il legato in un rapporto fisso coll'onorato stesso. Su ciò si fonda[7] il mi-

---

legato. Non può inoltre parlarsi dell'acquisto del legato, finchè il legatario è ancora nella posizione di non ricevere eventualmente nulla. Se d'altra parte è da ammettere che l'espressione devoluzione (*Anfall*), secondo il suo senso letterale, non designa necessariamente il contrapposto dell'acquisto, noi ci troviamo qui, come tanto spesso avviene, nella condizione di dover foggiare con una espressione della vita comune una espressione tecnica, e devoluzione dell'eredità in opposizione ad acquisto dell'eredità è usuale a tutti. Cfr. Regelsberger, *Poziorità di tempo nei diritti di pegno* p. 115 sg., Brinz 1ª ediz. p. 948; in contrario senza validi argomenti Bürkel, *Contributi alla teoria dell'usufrutto* p. 125 not. 1. Cfr. pure Arndts § 554 not. 1 e *Cont. del Glück* p. 247 sg., Unger § 62 not. 3, *Riv. di Grünhut* XIII p. 425 sg. (autore anonimo). — Le fonti dicono in opposizione al *dies cedens: dies legati* (*fideicommissi*) *venit*, però, a mio modo di vedere, soltanto del legato sottoposto a termine.

(5) Le fonti dicono direttamente, che prima dell'acquisto dell'eredità il legato non può venir richiesto, v. p. es. l. 7 pr. D. *h. t.* Ma nel senso che prima il legatario non è punto proprietario della cosa legata v. l. 7 § 5 D. *de dolo* 4. 3, l. 15 pr. D. *ad leg. Aq.* 9. 2, l. 69 pr. D. *de leg.* I°, l. 38 D. *de leg.* II°. Nè maggiormente egli è prima dell'acquisto dell'eredità investito del diritto di credito; se le fonti dicono, che col *dies cedens* trapassa al legatario « *petitio legati* » (v. p. es. l. 2 l. 7 § 3 D. *h. t.*, l. 3 C. *h. t.*), intendono con ciò la futura, non l'attuale *petitio*. Cfr. pure l. 65 § 2. 3 D. *de leg.* II°, l. 68 § 3 D. *de leg.* I°. — Pluralità d'eredi: v. Crailsheim op. cit. p. 399 sg.

(6) Salvochè anche prima che giunga il momento indicato è sicura la futura esistenza del diritto legato. L. 9 § 2 D. *usufr. quemadm.* 7. 9, l. 1 § 1 D. *de cond.* 35. 1 (cfr. I § 96 nota 4). Quindi l. 73 § 4 D. *ad leg. Falc.* 35. 2: — « *in diem relicta legata... omnimodo deberi certum est* », e l. 9 D. *ut leg.* 36. 3: — « *deberi enim dicimus et quod die certa legatario praestari oportet, licet dies nondum venerit* ». Dal termine del legato, cioè del diritto legato, va inoltre distinta la concessione d'una mora per quello non sottoposto a termine. Cfr. I § 96 note 4. 5; anche E. A. Seuffert, *Il divieto legale d'alienazione nei legati singolari ed universali* p. 45 sg.

(7) La questione, se la devoluzione del legato escluda il sostituito nel legato, è questione d'interpretazione, ma in massima va risoluta affermativamente. Cfr. § 557 nota 7; l. 3 § 1. 2 l. 10 § 1 D. *de adim.* 34. 4, l. 26 [25] pr. D. *ad*

surarsi dall'epoca della devoluzione la capacità del legatario a venir onorato[8], il non nuocere al legato la morte del legatario verificantesi dopo la devoluzione[9], come pure il determinarsi dall'epoca della devoluzione l'acquisto per l'avente potestà[10].

Non sempre del resto la devoluzione del legato precede l'acquisto. Ciò non accade: *a*) se l'erede chiamato è un erede necessario (§ 595)[11]; *b*) se la condizione del legato viene adempiuta soltanto dopo l'adizione dell'eredità; *c*) se il diritto legato è inerente alla persona[12]; *d*) se la precedenza della devoluzione all'acquisto sarebbe dannosa al legato[13].

S. C. Treb. 36. 1. Zimmern, *Arch. per la prat. civ.* IX p. 357 sg., Köppen, *Ann. per la dogm.* V p. 207 sg., Arndts p. 232 sg. — Cfr. pure l. 26 D. *de bon. lib.* 38. 2 (il legato devoluto viene in considerazione nel computo del patrimonio del legatario).

(8) Ciò nelle fonti non è espressamente detto, ma non v'è da dubitarne per analogia di quanto si dice alle note 9 e 10. Cfr. § 639 nota 3.

(9) L. 5 pr. D. *h. t.* « *Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum* »: L. 7 D. *h. t.*, L. 6 C. *h. t.*, l. un. § 7 C. *de cad. toll.* 6. 51, e molti altri passi. Questo effetto della devoluzione sta decisamente nelle fonti fra gli altri in prima linea; v. specialmente nota 12. Cfr. Arndts p. 203 sg.

(10) L. 5 § 7 l. 14 § 4 D. *h. t.*, l. 18 D. *de R. I.* 50. 17, l. 5 C. *de cond. ins.* 6. 46. Arndts p. 216 sg. Non si può dire, che questa massima oggidì sia interamente priva di importanza pratica: poichè v. II § 516 nota 18, 525 nota 15, III § 572 nota 17. Cfr. però anche Arndts p. 229 sg.

(11) L. 68 § 1 D. *de leg.* I°: — « *tunc enim... in unum concurrit, ut et heres existat et dies legati cedat...* ».

(12) L. 2. 3. 5 § 1 l. 8. 9 D. *h. t.*, l. 1 § 3. 4 D. *quando dies ususfr.* 7. 3. L. 3 D. *h. t.* cit. « *Nam cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem eius cedere dixerit* ». V. pure la nota seguente in f.

(13) Per questa ragione il diritto romano fa devolvere soltanto coll'adizione dell'eredità il legato fatto a favore di uno schiavo manomesso o lasciato in legato nel testamento. L. 7 § 6 l. 8 D. *h. t.*: — « *nam cum libertas non prius competat, quam adita hereditate, aequissimum visum est nec legati diem ante cedere: alioquin inutile fieret legatum, si dies eius cessisset antequam libertas competeret* ». Cfr. l. 86 § 1 D. *de cond.* 35. 1, l. 13 pr. D. *de opt. leg.* 33. 5. Anzi questa ragione, se concorre col caso posto sotto la lett. *c*, può persino sospendere la devoluzione (ed acquisto) del legato ancor oltre l'epoca dell'adizione dell'eredità. L. un. § 2 D. *quando dies ususfr.* 7. 3, l. 18 D. *quib. mod. ususfr.* 7. 4, l. 26 D. *de stip. serv.* 45. 3, l. un. § 6 C. *de cad. toll.* 6. 51.

2. Accettazione e rinuncia.

§ 643.

Il legato è acquisito all'onorato senza sua volontà, anzi senza sua scienza[1]. Ma non gli è acquisito contro il suo volere; egli può rifiutarlo, e se lo rifiuta, è considerato come se non avesse mai avuto il diritto legato[2]. La

---

(1) L. 77 § 3 D. *de leg.* II°. « *Surdo et muto, qui legatum accipit, ut cum morietur restituat recte mandatur: nam et ignorantes adstringuntur fideicommisso, quibus ignorantibus emolumentum ex testamento quaeritur* ». L. 19 § 1 D. *quemadm. serv.* 8. 6 (nota 2). §643.

(2) Così insegnavano i Sabiniani, mentre l'opinione dei Proculeiani riesciva a ciò, che la cosa legata fino alla dichiarazione dell'onorato sia senza proprietario, e che soltanto con questa dichiarazione venga retroattivamente determinato a chi essa abbia appartenuto fin da principio. Gai. II. 195. 200. Che, come qui è ammesso, nella compilazione sia approvata l'opinione dei Sabiniani, è l'avviso dominante. Pel contrario si è pronunciato specialmente Köppen, *Ann. per la dogm.* V p. 184 sg. 377. XI p. 196 sg. *Acquisto dei frutti del « bonae fidei possessor »* p. 35. 54, v. inoltre Pöschmann, *Observationum ad ius anteiustinianeum et iustinianeum triga* (Lipsiae 1857) obs. 1 e LO ST., *Studi su Gaio* fascicolo 2 (Lipsia 1860) Prefazione, Dietzel, *Riv. crit. di Heidelb.* V p. 554, Baron, *Rapporti giuridici complessivi* p. 427. 435, Jhering, *Ann. per la dogm.* X p. 476 sg.; contro questa nuova teoria Fitting, *Arch. per la prat. civ.* XLII p. 147-167, v. Crailsheim op. cit. (§ 642) p. 370-390, Arndts § 555 not. § 560 not. 2 e *Cont. del Glück* p. 264 sg., Unger § 62 not. 2, Vangerow II § 529, Wächter, *La proprietà pendente* [das schwebende Eigenthum] (1871) p. 7, Brinz 2ª ediz. III § 427 nota 50. [Conze, *Occorre l'accettazione per l'acquisto del legato* (Bedarf es zum Erwerb des Vermachtnisses der Annahme?) diss. di Erlangen 1895.] Contro la nuova teoria secondo me non sta tutto ciò, che si è fatto valere contro di essa, ma però in modo abbastanza decisivo: 1) che i Proculeiani insegnavano pure, che nel caso d'un legato condizionale lo stato di mancanza di padrone persista nella cosa fino alla decisione sull'adempimento od inadempimento della condizione (Gai. II. 200), e per questo caso è affatto indubbiamente ricevuta la contraria opinione, l. 66 D. *de R. V.* 6. 1, l. 11 § 1 D. *quemadm. serv.* 8. 6, l. 12 § 2 D. *fam. erc.* 10. 2, l. 9 § 5 D. *de pecul.* 15. 1, l. 32 § 1 D. *de leg.* II°, l. 29 § 1 D. *qui et a quib.* 40. 9; 2) che secondo le l. 16 § 1 D. *qui testam.* 28. 1, l. 24 pr. D. *de O. et A.* 44. 7, l. 7 § 8 C. *de cur. fur.* 5. 70 anche un demente può acquistare un legato (riferire, come vuol Köppen, i menzionati passi solamente alla devoluzione, è arbitrio); 3) ma soprattutto la l. 19 § 1 D. *quemadm. serv.* 8. 6. « *Si per fundum meum viam tibi legavero et adita mea hereditate per constitutum*

dichiarazione di voler accettare il legato ha quindi soltanto il senso, che con essa si perde la possibilità giuridica di ricusare il legato.

Per la validità della dichiarazione d'accettazione e di rinuncia vigono in generale le stesse regole, come per la validità dell'accettazione e della rinuncia d'una eredità[3]. In ispecie anche qui la dichiarazione dell'onorato non è vincolativa prima della devoluzione[4], e nuoce la mancanza

---

tempus ad amittendam servitutem ignoraveris eam tibi legatam esse, amittes viam non utendo. Quodsi intra idem tempus, antequam rescires tibi legatam servitutem, tuum fundum vendideris, ad emptorem via pertinebit, si reliquo tempore ea usus fuerit, quia scilicet tua esse coeperat: ut iam nec ius repudiandi legatum tibi possit contingere, cum ad te fundus non pertineat ». Köppen, nel primo dei summenzionati articoli, dichiara l'accoglimento di questi frammenti una svista dei compilatori, attualmente egli cerca aiutarsi colla idea della proprietà in via di divenire (il legatario sarebbe proprietario sotto la *condicio iuris* della sua volontà, cfr. I § 89 nota 13*a*). Fra i passi, che Köppen allega per la sua opinione, hanno ancora il maggior peso quelli, nei quali è negato, che nella rinuncia ad un legato stia una diminuzione di patrimonio, l. 5 § 5 D. *de I. D.* 23. 3, l. 5 § 14 D. *de don. i. v. et u.* 24. 1, l. 1 § 6 D. *si quid in fraud. patr.* 38. 5, l. 6 pr. § 4 D. *quae in fraud. cred.* 42. 8; ma se dopo la rinuncia al legato le cose si ritengono come se il legatario non lo avesse mai avuto, egli rinunciando in realtà non diminuisce a dirittura il suo patrimonio, e v. d'altra parte anche la l. 5 § 8 D. *de reb. eor.* 27. 9. (L'anonimo nella *Riv. di Grünhut* XIII p. 414 sg. crede che i summenzionati passi siano stati accolti per una svista dei compilatori). La l. 13 D. *de cond. inst.* 28. 7 vuol solamente accentuare, che la dichiarazione d'accettazione prima dell'adempiuta condizione è priva d'effetto (non toglie il diritto a ricusare); se nella l. 44 § 1 D. *de leg.* I° si dice: « *ubi legatarius non repudiavit, (res) retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est* », nel principio del frammento è detto affatto lo stesso pel rapporto dell'avente potestà ad una cosa del *peculium castrense*, quando il sottoposto alla potestà muore senza averne disposto; se la l. 86 § 2 D. *de leg.* I° dice, che il rapporto giuridico della cosa legata fino alla dichiarazione del legatario è « *in suspenso* », ciò è anche vero pel rapporto giuridico definitivo; quanto infine alla l. 38 § 1 D. *de leg.* I° (« *nec confusas servitutes* », « *integra furti actio manebit* ») ed alla l. 3 D. *de serv. leg.* 33. 3 (« *an viae legatum salvum esset* ») v. l. 57 pr. D. *de usufr.* 7. 1, l. 21 § 2 D. *de inoff.* 5. 2. Cfr. per l'opinione Sabiniana pur anche la l. 81 § 6 D. *de leg.* I°. [Sulla l. 13 § 3 D. *ad leg. Aquil.* 9. 2 v. Vanni, *Per il XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini* p. 173 sg.]

(3) V. § 596. 597. Però è da tener presente, che l'accettazione d'un legato non contiene mai una diminuzione di patrimonio. Cfr. Köppen, *Ann. per la dogm.* V p. 205 sg.

(4) Anzi la l. 45 § 1 D. *de leg.* II° in caso di legato sottoposto a termine esige

di convinzione dell'efficacia della dichiarazione[5], come pure l'aggiunta d'una condizione o di un termine[6]. Infine anche qui l'accettazione d'una parte è accettazione del tutto[7].

3. Accrescimento nei legati*.

§ 644.

Se un legato non viene acquistato[1], ciò, astraendo dal caso in cui esiste un sostituito (§ 637), torna a profitto

---

per la validità della rinuncia che sia giunto il momento indicato. Ma si è già osservato alla nota 5 del § 96 vol. I, che in questa decisione non può rinvenirsi l'ultima parola del diritto romano. Effettivamente non è concepibile, che non si dovesse poter rinunziare ad un legato dopo che esso è venuto in un così saldo rapporto col legatario da trapassare agli eredi e da diventare acquisito all'avente potestà. Scheurl, *Contributi* II. 2 p. 39 vuole spiegare la l. 45 § 1 cit. con ciò, che in genere possa essere validamente ricusato soltanto il legato acquisito, la qual massima però non è dimostrata dai testi allegati a suo favore, l. 5 § 8 D. *de reb. eor.* 27. 9 e l. 174 § 1 D. *de R. I.* 50. 17. A favore di Scheurl però Pescatore, *Obbligazione alternativa* p. 109 nota 15 (il cui richiamo alla l. 16 D. *de opt. leg.* 33. 5 è vano, a causa della peculiarità della *optio legata* nel diritto classico [§ 661 note 2. 9. 12. 13]) e Brinz 2ª ediz. III § 427 nota 15.

(5) L. 23 D. *de A. v. O. H.* 29. 2. « *In repudianda hereditate vel legato certus esse debet de suo iure is qui repudiat* ». Seuff., *Arch.* VII. 339.

(6) Köppen op. cit. p. 213.

(7) L. 4. 6. 23. 58 D. *de leg.* II°. Cfr. l. 38 pr. D. *de leg.* I°. « *Legatarius pro parte adquirere, pro parte repudiare legatum non potest: heredes eius possunt, ut alter eorum partem suam acquirat, alter repudiet* ».

(*) M. S. Mayer, *Il diritto d'accrescimento nel diritto ereditario testamentario e legale e nei legati o fedecommessi* [das Recht der Anwachsung bei dem testamentlichen und gesetzlichen Erbrecht und bei Legaten oder Fideicommissem] p. 85 sg. (1835). K. A. Schneider, *Il diritto antico civile e giustinianeo d'accrescimento nei legati e le disposizioni caducarie della* [das altcivile und Justinianische Anwachsungrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der] *lex Julia et Papia* (1837). Su questo Huschke negli *Ann. crit. per la G. P. tedesca* 1838 p. 308-332. V. inoltre: Francke, *Contributi* I p. 111 sg. (1828), Rosshirt, *Legati* I p. 589 sg. (1835), Witte, *Diz. G.* I p. 313 sg. (1838), Dworzak, *Contributi alla teoria dello « ius accrescendi », particolarmente nei legati, Riv. trim. austr. di Haimerl* VIII p. 1-91 (1861), Burchardi, *Ann. del d. com.* V p. 1 sg. (1862), Baron, *Rapporti giuridici complessivi* p. 420-446 (1864), Van Wetter, *Droit d'accroissement entre collégataires* (1866), Arndts,

dell'onerato[2]. Ma qualora a diverse persone sia legata una medesima cosa[3], se una di esse non acquista, la parte che essa avrebbe ricevuta, se avesse acquistato, si devolve agli altri, che pervengono all'acquisto[4]; la sua parte s'accresce agli stessi[5].

1. Il diritto d'accrescimento nei legati ha la stessa base, come il diritto d'accrescimento nelle eredità (§ 603. 604); esso si fonda sulla volontà del testatore[6]. Chi lega a più persone una medesima cosa, non lega meno ad ognuno il tutto per ciò, che egli lo lega anche all'altro; ognuno riceve quindi tanto del tutto, quanto l'altro non acquista[7].

Cont. del Glück XLVI p. 476-519 (1869). XLVIII p. 1-198 (1875), Samter, *Arch. per la prat. civ.* LX p. 77 sg. (1877), Vangerow II § 547, Sintenis III p. 707-710, Unger § 63. [Micke, *Il diritto di accrescimento fra legatari* (das Anwachsungsrecht unter Vermächtnissnehmern), dissert. di Gottinga 1895.]

§ 644. (1) Indifferentemente, se esso sia stato almeno devoluto, o se non abbia neppure avuto luogo alcuna devoluzione.

(2) L. 17 pr. l. 60 D. *de leg.* II°, l. un. § 3. 4. 7. 8. 11 C. *de cad. toll.* 6. 51.

(3) Una stessa cosa, una stessa somma o quantità, una stessa prestazione di lavoro ecc.

(4) § 8 *I. de leg.* 2. 20. « *Si eadem res duobus legata sit... si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet* ».

(5) Le ultime disposizioni del diritto romano sul diritto d'accrescimento si contengono nella l. un. C. *de caducis tollendis* 6. 51 (a. 534, cfr. Const. *Dedit* § 6). In questa costituzione Giustiniano abrogò le disposizioni della *lex Julia et Papia Poppaea*, mediante le quali il diritto d'accrescimento, astraendo dal caso d'originaria invalidità della disposizione, era stato quasi interamente escluso (Gai. II. 206-208, Ulp. XVII. 2. XVIII. XXIV. 12. 13), senza però ripristinare completamente il diritto anteriore (cfr. § 604 nota 1). Così egli ha specialmente cancellata la differenza, che il diritto anteriore faceva relativamente al diritto d'accrescimento fra le diverse specie di legati, a seconda che essi costituivano un diritto reale od un diritto di credito. Cfr. nota 9.

(6) Salvochè nelle eredità, oltre alla volontà del testatore viene in considerazione anche la volontà della legge (§ 604 Num. 2).

(7) L. 80 D. *de leg.* III. « *Coniunctim... legari hoc est... tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri* ». L. 1 § 3 D. *de usufr. accr.* 7. 2: — « *cum... non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum* ». L. 1 § 4 l. 3 pr. *eod.*, l. 34 § 10 D. *de leg.* I°, cfr. pure l. 15 § 18 D. *de damno inf.* 39. 2.

Il diritto d'accrescimento è quindi anche nei legati non tanto un diritto d'accrescimento, quanto un diritto di non decrescimento[8].

2. Il diritto d'accrescimento si verifica, sia che l'oggetto legato sia stato legato ad ognuno dei più onorati particolarmente, cioè ad ognuno mediante una disposizione particolare, sia che sia stato legato a tutti insieme, cioè mediante unica disposizione[9]. Però nel caso, in cui

---

(8) Nel senso indicato al § 603 nota 2*a*. Cfr. l. 34 § 10 D. *de leg.* I°: « *interim... partem habebit* ». Ma allora « *retro adcrevisse ei dominium videtur* », l. 35 D. *ad leg. Aq.* 9. 2. V. pure l. 3 D. *de serv. leg.* 33. 3. Divergente sicuramente la l. 44 § 2 D. *de bon. lib.* 38. 2; ma questo frammento dà la stessa decisione anche per il *servus postliminio reversus;* sembra che qui si abbia una stretta interpretazione delle parole dell'editto pretorio « *cum moritur libertus* » (l. 3 § 20 *eod.*). — Arndts XLVIII p. 13 (sicuramente soltanto per il diritto giustinianeo e soltanto per il caso della *re et verbis coniunctio* [cfr. nota 14]) si figura il rapporto così, che la volontà del testatore attribuisca direttamente (« propriamente ») delle parti ad ognuno dei legatari, soltanto eventualmente il tutto. Io ritengo ciò inesatto. Viceversa: la volontà del testatore è in prima linea diretta al tutto, e soltanto in seconda linea, perchè essa concede il tutto a diversi, è rivolta a parti. Al concetto di Arndts contraddice la regola alla nota 16. In contrario invero Arndts op. cit. p. 87: ma che cosa è « eventualmente » se non « condizionatamente »?

(9) § 8 I. *de leg.* 2. 20. « *Si eadem res duobus legata sit, sive coniunctim sive disiunctim...* » (nota 4). L. 1 § 3 i. f. D. *de usufr. accr.* 7. 2, l. un. § 11 C. *de cad. toll.* 6. 51. Nel caso, in cui il testatore ha legato particolarmente l'oggetto ad ognuno degli onorati, è affatto chiaro che egli ha voluto dare ad ognuno il tutto; ma questa sua volontà non esiste meno, se egli ha legato l'oggetto a tutti insieme. Chi lega una cosa ad « A e B », vuole per il caso del non acquisto dell'uno, o che l'altro non debba avere nulla, o che egli debba avere la cosa; poichè egli ha legata appunto la cosa non parti della cosa. — Però il diritto romano anteriore non ha dato campo a questa interpretazione di volontà in tutte le specie di legati, non cioè in quelli che non erano diretti a costituzione d'un diritto reale, ma a costituzione d'una obbligazione (*legatum per damnationem, legatum sinendi modo, fideicommissum*). Gai. II. 205, Ulp. XXIV. 13, Vat. fr. § 85. Poichè, si riteneva, mediante un tale legato non è punto legata la cosa, che costituisce una unità visibile, ma una obbligazione che, come cosa intellettiva, non presta alcuna opposizione allo smembramento in diverse obbligazioni per sè stanti. Cfr. II § 292, e sui diversi concetti Francke p. 115, Mayer p. 90 sg., Schneider p. 52 sg., Huschke p. 309 sg., Dworzak p. 23 sg., Arndts XLVI p. 483 sg., Samter p. 97 sg., anche Mühlenbruch, *Cont. del Glück* XLIII p. 253 sg. Giustiniano, come già s'è osservato (nota 5), ha

un oggetto è stato particolarmente legato ad ognuno dei più onorati, bisogna vedere, se il testatore ha anche effettivamente voluto, che ognuno abbia a riceverlo, e non piuttosto che debba riceverlo soltanto il menzionato per ultimo; è anche possibile, che il testatore abbia voluto ad ogni onorato elargire il tutto nel senso, che l'uno debba ricevere l'oggetto stesso legato, l'altro il suo valore[10]. Se il testatore ha legato un oggetto ad alcuni insieme, ad un altro particolarmente, i primi hanno fra loro un poziore diritto d'accrescimento[11]. Nessun diritto d'accrescimento ha luogo fra coloro, ai quali si lega solo congiuntamente, ma non la stessa unica cosa[12], e questo caso nel dubbio si presenta anche quando a più persone insieme è legato lo stesso oggetto per una parte determinata[13].

---

soppresso questo diverso trattamento dei legati d'obbligazione; però nella compilazione non sono estinte tutte le tracce del diritto anteriore. L. 16 pr. l. 34 § 9 l. 84 § 8 D. *de leg.* I°, l. 7 D. *de leg.* II°, l. 38 § 2 D. *de leg.* III°. Cfr. Seuff., *Arch.* III. 83. — Quanto alla maniera d'esprimersi delle fonti, accanto alla terminologia, che per « *coniunctim legare* » intende un legare con discorso congiuntivo (v. sopra), se ne trova un'altra, che riferisce la *coniunctio* alla identità dell'oggetto legato, *re coniunctio* in opposizione alla *verbis coniunctio*. V. p. es. l. 80 D. *de leg.* III° (nota 7), l. 20 D. *de leg.* II°, l. 1 pr. D. *de usufr. accr.* 7. 2, e cfr. l. 142 D. *de V. S.* 50. 16 e sopra § 604 nota 2.

(10) V. § 625 nota 7.

(11) L. 34 pr. i. f. D. *de leg.* I°: — « *si coniuncti disiunctive commixti sint, coniuncti unius personae potestate funguntur* ». L. 1 § 2 D. *de usufr. accr.* 7. 2. Arndts XLVIII p. 51 sg.

(12) I semplicemente *verbis coniuncti* non hanno diritto d'accrescimento. Questa massima discende dall'essenza del diritto d'accrescimento.

(13) Poichè allora la più ovvia interpretazione della disposizione di legato è quella, che ad essi non è punto legata una stessa cosa, ma ad ognuno qualche cosa di particolare, la sua parte; un oggetto per una parte non è altro che una parte dell'oggetto. Diversamente soltanto quando il testatore effettivamente non ha voluto legare ad ognuno la sua parte, ma l'oggetto, ed ha aggiunta l'indicazione di parti semplicemente nell'intendimento d'indicare il rapporto di divisione, per il caso che dovesse venirsi alla divisione. Può il testatore aver voluto ciò, cfr. l. 15 § 1 l. 16 § 2 D. *de leg.* I°, l. 4 [5] § 1 l. 5 [6]. 6 [7] pr. D. *de reb. dub.* 34. 5; ma nel dubbio non può ritenersi che lo abbia voluto. Così decide la l. 11 D. *de usufr. accr.* 7. 2, che non abbia luogo diritto d'accrescimento, « *si aequis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset* »; v. pure l. 20 D. *de leg.* II°. L'opposta decisione la dà invero la l. 89 D.

3. Mentre la circostanza, che una medesima cosa sia legata a più persone insieme, o ad ognuna di esse particolarmente, è indifferente per il *se* del diritto d'accrescimento, essa non è indifferente per il *come* di tale diritto. A quelli cioè, ai quali una medesima cosa è stata legata insieme, si fa accrescimento soltanto colla loro volontà, a quelli invece, ai quali il legato è stato fatto ad ognuno particolarmente, anche contro loro volere[14]. Per ciò gli

---

de leg. III° (' *Titio et Seio fundum aequis portionibus do lego* '). Ma questo frammento è stato accolto per una svista dei compilatori; esso contiene il diritto della *lex Julia et Papia Poppaea*, che fa devolvere al fisco ciò che non viene acquistato, ma prima del fisco agli onorati nel testamento, che avevano figli, ed invero anzitutto agli eredi, poi ai legatari, ma prima degli eredi al *collegatarius coniunctus;* qui si riferiva la *coniunctio* anche alla semplice *verbis coniunctio* (poichè anche il citato passo riconosce che soltanto una tale *coniunctio* si abbia nell'indicato caso). Cfr. Gai. II. 207. 208. Vangerow II § 547 osserv. Nr. 1 e gli ivi citati, Arndts XLVIII p. 26 sg. Altrettanto poco si può dar fondamento ad un diritto d'accrescimento di coloro, ai quali insieme è stato lasciato un oggetto con indicazione di parti, in base alla l. un. § 11 C. *de cad. toll.* 6. 51, come lo fanno Rudorff, *Riv. per la GP. stor.* VI p. 426, Mayer p. 215 sg., Witte p. 319 sg., Huschke p. 327 sg., Burchardi p. 14 sg., Samter p. 154 sg.; v. in contrario Dworzak p. 42 sg. 73 sg., Vangerow loc. cit. Nr. 2 e i citati da lui, specialmente anche Unger § 63 not. 3. 5, Arndts XLVIII p. 30 sg. La l. un. § 11 cit., secondo il mio avviso, non ha punto pensato al caso, in cui a più persone sia stato lasciato un oggetto con indicazione di parti: come avrebbe essa altrimenti potuto prescrivere, che la parte che non è acquistata debba accrescersi agli altri « *pro virili portione* »? La divisione non è però necessariamente divisione in parti uguali. Cfr. pure § 604 nota 3. — Sulla l. 41 pr. D. *de leg.* II° v. Baumeister, *Diritto d'accrescimento fra coeredi* [Anwachsungsrecht unter Miterben] p. 235 sg., Rosshirt I p. 609 sg., Huschke p. 312. 313, Dworzak p. 78 sg., Unger § 63 not. 5, Arndts XLVIII p. 52 sg., Serafini, *Arch. giuridico* XIV p. 42 ss., Samter p. 112 sg., Strohal (§ 603 nota 2ª *d*) p. 122 sg., Brinz 2ª ediz. II p. 418 nota 62. [Arnò, *Studi giuridici dedicati ed offerti a Fr. Schupfer* I p. 15 sg. (1898).] La esatta spiegazione di questo frammento si può concepire così, che esso non contenga una applicazione del diritto d'accrescimento (benchè esso usi questo nome, ma v. § 603 nota 2, l. 10 D. *de usufr. accr.* 7. 2), ma, per il caso in cui è legato più del tutto, determina il denominatore (cfr. § 552 nota 11). In questo caso deve sicuramente supporsi che « *Seius* » sia morto prima di colui che lascia l'eredità. — Seuff., *Arch.* II. 211, XIV. 104.

(14) Così dispose Giustiniano nella l. un. § 11 cit., mentre, secondo il diritto anteriore, l'accrescimento si verificava sempre con necessità giuridica.

ultimi non sopportano gli oneri imposti al legatario che vien meno, bensì i primi[15].

4. Il diritto d'accrescimento non presuppone, che colui, al quale deve accrescersi sopravviva al caso che ha dato luogo all'accrescimento[16].

§ 645.

Un particolare atteggiamento assume il diritto d'accrescimento riguardo all'usufrutto[1]. Poichè l'usufrutto non è un diritto destinato a persistenza, esso s'accresce anche

---

Cfr. del resto Schneider p. 257 sg., ed in contrario Huschke p. 331, Arndts XLVIII p. 9 sg. Unger § 64 nota 4 vede in questa disposizione di Giustiniano una « fina » decisione; io non posso vedervi che un disconoscimento dell'essenza del diritto d'accrescimento. Giustiniano si figura manifestamente il rapporto così, che il testatore dia ad ognuno dei più *re et verbis coniuncti* direttamente una parte, ma eventualmente, mediante una seconda disposizione, anche la parte del collegatario, per modo che ognuno apparisca come sostituito alla parte dell'altro. Ma una tale sostituzione non è contenuta nella disposizione del testatore; anzi la ragione d'ognuno alla parte del compagno si basa semplicemente su ciò, che anche a lui è stato legato il tutto. In caso d'eredità (§ 10 *eod.*) Giustiniano ha ciò pure riconosciuto perfettamente giusto ed anzi lo ha espresso in forma molto efficace: « *quia coniuncti... propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt et partem coniunctorum sibi heredum quasi suam praeoccupant* ». Viene difesa la disposizione di Giustiniano novellamente da Arndts XLVIII p. 13 sg., una conseguenza della l. 1 C. *comm. de leg.* 6. 43 la ritiene Samter p. 147 sg. La dimostrazione dei due scrittori conviene però in egual maniera al caso della semplice *re coniunctio*, il che anche Arndts a mala pena nega (p. 18 in f.), Samter certo lo contrasta (p. 143. 150).

(15) L. un. § 11 cit. Cfr. l. 54 § 1 D. *de cond.* 35. 1. L'opinione dominante non fa rispondere neppure i primi (i *re et verbis coniuncti*) nel caso in cui la disposizione a favore dei collegatari fin da principio non è valida, in base alla l. un. § 3 *eod.* V. al riguardo § 603 nota 12. Per l'opinione dominante ultimamente Samter p. 144 sg.

(16) L. 26 § 1 D. *de cond.* 35. 1. Giustiniano per il caso della *re et verbis coniunctio*, di fronte al suo modo di concepire questo caso (nota 14), avrebbe propriamente dovuto disporre il contrario. Ma egli non lo ha fatto, ed io ritengo inammissibile attribuirgli questa disposizione in via di svolgimento del suo pensiero. Cfr. pure Samter p. 153 nota 12.

§ 645. (1) Dig. 7. 2 *de usufructu accrescendo.* — Glück IX p. 263 sg. (1808). H. Himsoeth, *Diss. de usufructu accrescendo ex iure Romano* (1831).

dopo l'acquisto, se viene a perdersi successivamente[2] ed esso è perduto pel diritto d'accrescimento anche dopo il suo consolidamento colla proprietà per le stesse ragioni, per le quali si sarebbe perduto, se fosse rimasto indipendente[3]. Che colui, al quale deve accrescersi, non abbia perduta la sua parte dell'usufrutto, non è presupposizione del diritto d'accrescimento[4].

Rosshirt, *Legati* I p. 616 sg. (1835), Schneider, *Diritto d'accrescimento nei legati* (§ 644*) p. 283 sg., Witte, *Diz. G.* I p. 231 sg. (1838), Elvers, *La teoria romana delle servitù* p. 727 sg. (1856), Baron, *Rapporti giuridici complessivi* p. 177 sg. (1864), Schlayer, *Arch. per la prat. civ.* LI p. 334 sg. (1868), Arndts XLVIII p. 101 sg. (1875), Vangerow II § 554, Unger § 71 nota 5.

(2) L. 1 § 3 D. *h. t.*: — « *in usufructu hoc plus est, quia et constitutus et postea amissus nihilo minus ius adcrescendi admittit* ». Scheurl, *Divisibilità come qualità dei diritti* p. 47 sg. intende queste parole in modo rimarchevolmente diverso, cioè nel senso che la perdita dell'usufrutto non escluda (nota 4) l'accrescimento (a favore di colui che ha perduto l'usufrutto), in quanto egli allega che anche la proprietà perduta s'accresce al comproprietario, se essa si perde puramente e semplicemente (senza successione). Nell'or ora citato frammento si dice ulteriormente: « *Omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt et, ut Celsus et Julianus eleganter aiunt, ususfructus quotidie constituitur et legatur, non, ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur. Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum* ». V. pure l. 1 pr. D. *quando ususfr.* 7. 3. Cfr. sulle diverse maniere, in cui si è cercato di giustificare questa massima, Schneider p. 285 sg. e gli ivi citati; dell'epoca moderna Elvers p. 730 sg., Baron p. 178 sg., Vangerow p. 536, Unger loc. cit., Arndts XLVIII p. 107 sg., Scheurl op. cit. p. 48 sg.

(3) L. 3 § 2 l. 6 pr. D. *h. t.* L. 3 § 2 cit.: — « *et ipse quibus modis amitteret ante consolidationem, isdem et nunc amittet* ». Nei frammenti Vaticani (§ 83) il passo suona: — « *et ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc ipso quidem iure non amittet, sed praetor subsecutus exemplum iuris civilis utilem actionem dabit fructuario, et ita Neratio et Aristoni videtur, et Pomponius putat: quamquam Julianus lib. XXXV Digestorum scribat, ipsi quidem ius accrescendi* (*competere, non vero fructuario ab eo*). Arndts XLVIII p. 167 sg. crede, che lo stesso viga anche nel caso in cui l'usufrutto presso uno dei legatari è unito fin da principio colla proprietà. Per me ciò è dubbio. Una prova diretta di questa estensione ad ogni modo non è data. Sulla l. 26 § 1 D. *de usu et usufr.* 33. 2 cfr. Arndts op. cit. p. 175 sg.

(4) L. 10 D. *h. t.* « *Interdum pars ususfructus et non habenti partem suam, sed amittenti adcrescit...* ». Ciò viene anche espresso così: « *ususfructus non portioni sed homini accrescit* », l. 14 § 1 D. *de exc. rei iud.* 44. 2. L. 33 § 1 D. *de usufr.* 7. 1. Sulla difficile l. 10 D. *h. t.* cit. cfr. del resto la dissertazione

F. *Diritto del legato acquisito.*

1. Diritti del legatario.

a. *Diritto reale.*

§ 646.

Il legato dà in ogni caso all'onorato un diritto di credito contro l'onerato (§ 647 sg.). In date circostanze esso gli dà anche un diritto reale sulla cosa legata.

(inaugurale) di K. Witte nelle sue *Dissertazioni tratte dal campo del diritto romano* Nr. 1 (1817), inoltre Keller, *Contestaz. della lite e sentenza* p. 177 sg., e dei succitati scrittori Glück p. 287 sg., Heimsoeth p. 22 sqq., Rosshirt p. 620, Schneider p. 295, Witte (*Dis. G.*) p. 324 nota 256, Elvers p. 733, Arndts XLVIII p. 131 sg., Serafini, *Arch. giuridico* XIV p. 45 ss. (nuova interpretazione, in contrario Arndts, *Riv. crit. trim.* XVII p. 583 sg.), Scheurl op. cit. (nota 2) p. 51 sg. Sulla l. 33 § 1 D. *de usufr.* cit. v. Glück IX p. 286. XVI p. 348, Keller op. cit. p. 278 sg., Schneider p. 292 sg., Windscheid, *L'actio*, ecc. p. 98 sg., Vangerow I § 173 p. 283. — Alla massima, che si faccia accrescimento anche a favore di colui che ha perduta la sua parte, l'opinione dominante appone la limitazione, che egli mediante l'accrescimenio non possa riesigere anche la parte stessa perduta, con richiamo alla l. 3 § 2 D. *quib. mod. ususfr.* 7. 4: — « *neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usumfructum et resumit, etiam ipsi quicquam ex usufructu adcrescere: placet enim nobis, ei, qui amittit usumfructum, ex eo quod amittit nihil accrescere* ». Contro questa limitazione si è dichiarato Schlayer nel succitato articolo, e, per quanto io credo, con ragione. Poichè il confronto con Vat. fr. § 75. 76 lascia difficilmente rimanere un dubbio su che le succitate parole non vogliono negare il riacquisto dell'usufrutto per il caso del venir meno del collegatario, bensì appunto per il caso della perdita per parte dello stesso legatario. Invero una applicazione sfrenata della massima: *ususfructus quotidie constituitur* (nota 2) dovrebbe condurre al risultato, che l'usufrutto non possa punto propriamente perdersi, e, per quanto suoni sorprendente, noi apprendiamo dai Vat. fr. § 75, che nella giurisprudenza romana era persino sostenuta l'opinione (Sabino): « *eum qui partem ususfructus in iure cessit, et amittere partem et ipso momento recipere* », la qual opinione poi certamente venne da Celso dichiarata insensata (*stolida*). Ciò posto, il senso della l. 3 § 2 va determinato nella seguente maniera: « colui al quale è legato un usufrutto insieme con un altro, ed al quale contemporaneamente, per il caso della perdita della sua parte, questa parte è ripetutamente legata, dopo la perdita concorre col collegatario per una parte (la parte a lui restituita mediante il secondo legato), e non per il tutto, e conforme a ciò si misura anche il diritto d'accrescimento, poichè non può dirsi che la perdita

1. L'acquisto del diritto reale si verifica indipendentemente dalle espressioni usate dal testatore[1], e soltanto non si verifica, quando il testatore lo ha determinatamente escluso[2].

---

dell'usufrutto non produca punto alcuna mutazione, come se l'usufruttuario, nel momento della perdita rientrasse nuovamente nella sua anteriore posizione ». In proposito è ovvio il pensare che le parole « *etiam ipsi quidquam ex usufructu accrescere* », che subito dopo vengono ripetute in maniera intollerabile, siano un commento desunto proprio da questo seguito, e che quindi invece di « *resumit* » sia da leggere « *resumere* ». Le parole « *ex eo quod amittit* » sono allora da spiegare in base a ciò che egli perde. Se si domanda, perchè il passo non faccia, in base al primo legato, verificare l'accrescimento per il tutto, si presenta una doppia risposta; si può dire in primo luogo che, mediante il secondo legato, il primo sia infirmato, ed in secondo luogo è da osservare che il frammento tratta di perdita dell'usufrutto mediante *capitis diminutio* (§ 1 *eod.*), e che ciò è concepibile, se si riteneva che la *capitis diminutio*, come la morte stessa, distruggesse non solamente l'usufrutto legato, ma il legato stesso d'usufrutto (la forza che continua ad operare nel legato dell'usufrutto). Cfr. Vat. fr. § 61, l. 1 pr. D. *quib. mod. ususfr.* 7. 4, inoltre la l. 10 D. *h. t.* (« *interdum* ») citata nel principio di questa nota, e v. Schneider p. 291, Schlayer p. 346, Arndts XLVIII p. 135. 160. 161. Del resto le opinioni sul vero senso della l. 3 § 2 cit. divergono con multiforme varietà. Cfr. Glück IX p. 294 sg., Heimsoeth p. 45 sqq., Rosshirt p. 613 sg., Baron p. 183 sg., Vangerow II § 554 osserv. 1 Nr. III, Schlayer p. 339 sg., Arndts XLVIII p. 138 sg. (per l'opinione dominante), Scheurl, *Divisibilità come qualità dei diritti* p. 48 sg.

(1) Così secondo la disposizione di Giustiniano nella l. 1 C. *comm. de leg.* 6. 43, v. pure l. 2 *eod.*, § 2 I. *de leg.* 2. 20. Nel diritto anteriore si badava sicuramente alle espressioni usate dal testatore, e così il *fideicommissum* non dava mai, il *legatum* soltanto in certe forme (*legatum per vindicationem*, *per praeceptionem*), un diritto reale. Gai. II. 193. 194. 201. 204. 209. 213. 216. 221. 222. Mayer § 7. — Contro l'opinione di Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* IX p. 290 sg., che Giustiniano nella l. 1 cit. non tanto abbia accordata proprietà, quanto piuttosto soltanto una *rei vindicatio utilis* nel senso d'un diritto di credito da esperire anche contro terzi possessori, v. specialmente Arndts, *Cont. del Glück* XLVI p. 59 sg. (*Diz. G.* VI p. 310). [Rosenberg, *L'effetto reale del legato secondo il d. r.* (die dingliche Wirkung des Vermächtnisses nach r. R.) diss. di Erlangen 1897. Pieper, *L'effetto reale del legato secondo il d. r. e comune* (die dingliche Wirkung etc.) *con particolare riguardo alle moderne legislazioni*, diss. di Erlangen 1899.] § 646.

(2) L. 1 C. cit. — « *Si enim testator ideo legata vel fideicommissa dereliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet, ex eius voluntate praefatas etiam actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati eius satisfiat* ». Quindi si bada in ogni caso alla volontà del testatore.

2. L'acquisto di diritto reale si verifica però solamente allorquando la cosa legata è una cosa propria del testatore[3]. Neppure su cose dell'erede il testatore può costituire un diritto reale[4].

b. *Diritto di credito nascente dal legato* [*].

§ 647.

Anche il diritto di credito nascente dal legato[1] è indipendente dalle espressioni usate dal testatore[2], e si verifica

---

(3) Giustiniano pensa solamente a questo caso, e non esclude quindi neppure l'opposto espressamente. Nel diritto anteriore per la validità del legato di rivendicazione, se esso era diretto a cose non fungibili, occorreva la proprietà del testatore non solamente all'epoca della morte, ma anche all'epoca della confezione del testamento. Ciò secondo il diritto ultimo non vige più. Arndts, *Diz. G.* VI p. 309 not. 253, p. 328. *Cont. del Glück* XLVI p. 121. Cfr. § 654 nota 15.

(4) Giustiniano pensa tanto poco a questo caso, quanto al caso in cui la cosa legata stia nella proprietà d'un terzo, e la facoltà di disporre di cose dell'onerato non è cosa che s'intenda di per sè. Cfr. l. 9 C. *de test. man.* 7. 2. Per il caso anzi, in cui l'onerato è un legatario, nella l. 1 C. cit. la *in rem actio* è espressamente limitata alle cose, « *quas a testatore consecutus est* ». V. pure nella legge superiormente (nota 2) citata le parole « *contra res testatoris* ». Marezoll op. cit. p. 299 sg. vuol concedere la *utilis rei vindicatio*, che egli trova nella l. 1 C. cit., anche nel caso del legato di cose dell'onerato, ed anche per cose altrui legate, dopo che l'onerato le abbia acquistate. In contrario Arndts nei luoghi indicati nella nota 1, Vangerow II § 531, Dernburg, *Diritto di pegno* I p. 288, Köppen, *Ann. per la dogm.* V p. 201.

(*) Cfr. pure Unterholzner, *Rapporti di debito* II p. 503-516. Salkowski, *Continuazione del Glück* vol. XLIX (1889).

§ 647. (1) È una *obligatio quasi ex contractu*, § 5 I. *de obl. quasi ex contr.* 3. 27, l. 5 § 2 D. *de O. et A.* 44. 7, l. 3 i. f. D. *quib. ex caus. in pos.* 42. 4.

(2) Così secondo la disposizione di Giustiniano nella l. 1 C. *comm. de leg.* 6. 43. Prima l'*actio in personam* dipendeva, non meno della *actio in rem*, dalle espressioni usate dal testatore, e si verificava quindi soltanto per il *legatum per damnationem* e per quello *sinendi modo* e per il *fideicommissum*. Gai. II. 204. 213, Paul. *Sentent.* IV. 1 § 18. Ma le diverse forme di legato potevano essere congiunte l'una coll'altra, v. p. es. l. 28 § 2 D. *de lib. leg.* 34. 3, l. 30 pr. § 4 D. *de adim.* 34. 4, ed un legato, che come legato di rivendicazione o per *praeceptionem* non era valido, veniva tenuto fermo come legato per *damnationem*. Gai. II. 197. 218, Ulp. XXIV. 11 *a*. Cfr. Mayer § 5-7 lett. *b*, Arndts, *Cont. del Glück* XLVI p. 36 sg. 53 sg. Salkowski, *Ib.* XLIX p. 23 sg. —

quindi in tutti i casi[3]. Esso tende in generale all'adempimento del legato, cioè ad una prestazione tale, quale è richiesta all'esecuzione della volontà del testatore[4]; però l'onerato può liberarsi col valore della prestazione, se il procacciare la prestazione stessa non può da lui esigersi senza manifesta iniquità[5]. — Se la prestazione è diventata impossibile all'onerato[5a], egli di regola è obbligato verso l'onorato, ed invero al risarcimento dell'interesse, quando l'impossibilità s'è avverata per sua colpa[6]. Colpa è anche la negligenza ordinaria, presupposto che non si verifichi il caso che all'onerato dopo il pagamento

---

Anteriormente anche la natura dell'*actio in personam* nascente dal legato dipendeva dal modo d'esprimersi adoperato dal testatore; questa *actio*, a seconda delle espressioni nelle quali il legato era ordinato, concedeva al giudice maggiore o minore libertà. Cfr. Gai. II. 280, l. 5 § 4 l. 6 D. *de in lit. iur.* 12. 3, l. 9 § 1 D. *de R. C.* 12. 1. Anche ciò fu da Giustiniano abrogato, l. 2 C. *comm. de leg.* 6. 43. Cfr. del resto nota 4 e I § 46.

(3) Anche se è stata legata una cosa propria del testatore. Un diritto di credito del testatore in questo caso ha tanto poco alcunchè di sorprendente, quanto p. es. l'*actio commodati* del proprietario.

(4) In proposito è data perfettamente mano libera alla interpretazione del giudice, e così già secondo il diritto romano anche per il *legatum*, sebbene l'*actio personalis* fosse una *condictio* nascente dal *legatum* (l. 5 § 4 l. 6 D. *de in lit. iur.* 12. 3, l. 9 § 1 D. *de R. C.* 12. 1). Cfr. l. 44 § 9 D. *de leg.* I°. « *Si duos fundos habens testator alterius mihi usumfructum, alterum Titio leget, aditum mihi legatarius non debebit: sed heres cogitur redimere aditum et praestare* ». L. 39 pr. l. 116 § 4 D. *eod.* Cfr. II § 364 nota 2.

(5) L. 71 § 3. 4 D. *de leg.* I°. « *Qui confitetur se quidem debere, iustam autem causam adfert, cur utique praestare non possit, audiendus est: utputa si aliena res legata sit negetque dominum eam vendere vel immensum pretium eius rei petere adfirmet, aut si servum hereditarium neget se debere praestare, forte patrem suum vel matrem vel fratres naturales: aequissimum est enim concedi ei ex hac causa aestimationem officio iudicis praestare. § 4 Cum alicui poculum legatum esset velletque heres aestimationem praestare, quia iniquum esse aiebat id separari a se, non impetravit id a praetore: alia enim condicio est hominum, alia ceterarum rerum: in hominibus enim benigna ratione receptum est, quod supra probavimus* ». L. 14 § 2 D. *de leg.* III°, l. 61 D. *ad leg. Falc.* 35. 2. Cfr. l. 31 § 4 D. *de fideic. lib.* 40. 5. Valore reale, non interesse: v. specialmente l. 14 § 2 cit., l. 62 cit. Salkowski p. 64 sg.

(5a) Salkowski p. 109-392.

(6) L. 26 § 1 l. 47 § 2. 4 l. 59 D. *de leg.* I°.

del legato non rimanga più alcun profitto[7]. Anche senza colpa l'onerato è obbligato: *a*) di regola, se l'impossibilità già inizialmente sussisteva ed è semplicemente relativa, mentre l'impossibilità oggettiva iniziale non fa punto nascere una obbligazione dell'onerato[8] — fatta riserva però, nell'uno e nell'altro riguardo, di una opposta volontà del testatore, espressamente dichiarata od accertabile mediante interpretazione[9]; *b*) secondo una eccezione vigente pei legati, quando l'impossibilità è stata addotta dal fatto volontario dell'onerato[10]. L'onerato risponde però in entrambi i casi soltanto del valore della cosa; non dell'interesse dell'onorato[11]. Nel caso, in cui

---

(7) L. 47 § 4. 5 l. 108 § 12 D. *de leg.* I°. L. 108 § 12 cit. « *Cum quid tibi legatum fideive* (*fideique?*) *tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit* ». Cfr. pure l. 53 § 3-8 D. *de leg.* I°. Salkowski p. 280 sg. vuole che la limitazione della responsabilità al *dolus* si verifichi solo nel caso particolare indicato nella l. 108 § 12 cit.

(8) Per impossibilità iniziale qui deve intendersi una impossibilità che esista già all'epoca in cui comincia la responsabilità dell'onerato in base al legato, e questa responsabilità ha luogo in ogni caso all'acquisto dell'eredità, anche quando il legato è sottoposto a condizione od a termine. V. I § 89. 96 e III § 639 Num. 3. Cfr. ancora Salkowski p. 257-288.

(9) V. § 634 nota 4-7.

(10) § 16 I. *de leg.* 2. 20, l. 112 § 1 D. *de leg.* I°, l. 63 D. *de leg.* II°, l. 26 [25] § 2. 3 D. *ad SC. Treb.* 36. 1, l. 91 § 2 D. *de V. O.* 45. 1. Mommsen, *Contributi al diritto delle obbligazioni* I p. 253-254. Salkowski p. 366 sg. non scorge in questa disposizione alcuna eccezione, ma l'applicazione di un principio generale. In contrario Ferrini, *Arch. per la prat. civ.* LXXVIII p. 321 sg. (1892). [V. ancora Germann, *La responsabilità dell'erede per gli oggetti di legato e di debito venuti meno senza colpa* (die Haftung des Erben für schuldlos beseitigte Vermächtniss — und Schuldgegenstände), diss. di Gottinga 1896-97.]

(11) Ciò è indubitato per il primo caso. L. 71 § 3 D. *de leg.* I°, l. 14 § 2 D. *de leg.* III°; l. 49 § 3 D. *de leg.* II°. Ciò non è indubitato per il secondo caso. Che in questo caso l'interesse debba prestarsi lo afferma Mommsen, *Contributi al diritto delle obbligazioni* II p. 96, al quale io stesso ho acconsentito. *Riv. crit. di Heid.* II p. 585. La ragione di dubitare sta meno nella l. 63 D. *de leg.* II°, ove l'indeterminata « *indemnitas* » non è incompatibile con un riferimento al valore della cosa, che nella l. [26] 25 § 3 D. *ad SC. Treb.* 36. 1. Ma qui è imposta effettivamente l'obbligazione alla prestazione dell'interesse, e anzi il

l'onorato ha per altra via acquistata la cosa legata, l'onerato è tenuto, nuovamente di regola, al risarcimento del sacrifizio che andò congiunto a questo acquisto[12]. — Ai frutti ed interessi[13] non si estende il credito nascente dal legato[14], se il testatore non ha ciò espressamente o tacitamente stabilito[15]. Soltanto in caso di legati a scopi

---

fatto che uno schiavo è istituito erede non è forse una qualità sua accrescitiva di valore? Cfr. pure l. 89 § 7 D. *de leg.* II°, in cui dall'erede si ripete soltanto la locupletazione, e l. 53 § 7 D. *de leg.* I°, in cui, in un caso affatto particolare, si ripete da lui il valore della cosa solamente sotto la presupposizione, che esso sussista nell'eredità. (Il testo di questo frammento viene ad essere in regola, se si cancella *ex testamento* ove si presentano per la seconda volta le parole: *ex testamento non tenebitur*. Diversamente emenda Mommsen nella sua edizione). Salkowski p. 328 sg.

(12) V. II § 360 Num. 3, e cfr. § 639 nota 5.

(13) Mommsen, *Illustrazioni* I p. 36-41, Hoffmann, *Riv. pel dir. e per la proc. civ. N. S.* I p. 85 sg. (1845), Brügger, *La ragione del legatario singolare ai frutti* [der Anspruch des Singularvermächtnissnehmers auf Früchte] Monaco 1877, Arndts, *Contin. del Glück* XLVIII p. 341 sg. Salkowski p. 426 456.

(14) Il credito di legato come tale, astraendo da mora e da inizio di lite. L. 8 D. *de usur.* 22. 1, l. 23 D. *de leg.* I°, l. 26 D. *de leg.* III°, l. 24 § 2 D. *ad leg. Falc.* 35. 2, l. 19 [18] pr. § 2, l. 23 [22] § 2, l. 28 [27] § 1 D. *ad SC. Treb.* 36. 1, l. 1. 4 C. *de usur. et fruct.* 6. 47. Al caso della mora si riferisce anche, come lo dimostra la chiusa, la l. 39 § 1 D. *de leg.* I°. — A questa regola non è mutato nulla neppure con ciò, che il legatario diventa subito proprietario della cosa legata. Almeno io non saprei come altrimenti si potrebbe spiegare la l. 4 C. *de usur. et fruct.* 6. 47. « *In legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis sequuntur, sive in rem sive in personam agatur* ». In proposito però il pensare solamente alla *in rem missio* del fedecommissario (l. 1 l. 3 § 2 C. *comm. de leg.* 6. 43. Paul. *Sentent.* IV. 1 § 15) è troppo difficilmente conciliabile coll'espressione generale della legge. Di div. op. E. A. Seuffert nel *Supplemento* al *Trattato* di suo padre § 616 nota 5, e similmente Arndts loc. cit. Quest'ultimo ricorre alla l. 102 § 2 D. *de leg.* I° (Vat. fr. 44), ed alla l. 42 D. *de usur.* 22. 1; ma il primo frammento dice, il secondo presuppone, che il legatario stesso abbia ricavati i frutti. Per l'opinione qui sostenuta anche Salkowski l. c.; sulla l. 40 *de adq. rer. dom.* 41. 1 LO ST. p. 490 sg. 498. [Weidermann, *Da qual momento può il legatario pretendere i frutti della cosa ereditaria a lui lasciata?* (von welchem Augenblicke an kann der Vermächtnissnehmer die Früchte der ihm vermachten Nachlasssache beanspruchen?) diss. di Greifswald 1897.]

(15) L. 19 [18] pr. l. 65 [63] § 4 D. *ad SC. Treb.* 36. 1, l. 46 [44] § 1 *eod.*; l. 3 § 3 D. *de usur.* 22. 1, l. 43 § 2 D. *de leg.* II°, l. 21 § 2 D. *de ann.* 33. 1, l. 2 § 1 D. *de dote prael.* 33. 4, l. 33 [32] D. *ad SC. Treb.* 36. 1.

pii devono corrispondersi i frutti ed interessi, a cominciare dal momento della morte del testatore, se l'onerato, entro sei mesi dalla notificazione del testamento, non ha spontaneamente adempiuto il legato[16]. In caso di tali legati inoltre l'onerato è soggetto alla pena del doppio, se lascia che si venga ad intentargli azione giudiziaria[17].

§ 648.

Il credito del legato è assicurato:

1. a mezzo di un diritto legale di pegno su tutto ciò, che l'onerato ha per parte sua ricevuto dalla eredità[1]. Però questa massima non vige pel legato di eredità, astrazione fatta da un caso particolare[2].

2. [3]Se il legato è sottoposto a condizioni od a termine[4], od è controverso[5], il legatario può esigere dall'onerato[6]

---

(16) Nov. 131 c. 12. Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* V p. 97 sg.

(17) V. II § 263 nota 1. Arndts, *Cont. del Glück* XLVI p. 76 sg.

§ 648. (1) L. 1. 2 C. *comm. de leg.* 6. 43. V. I § 231 Num. 5. v. Löhr, *Arch. per la pr. civ.* V p. 208 sg., Dernburg, *Diritto di pegno* I § 40.

(2) Il caso particolare è il caso del *fideicommissum eius quod superest.* Nov. 108 c. 2.

(3) Dig. 36. 3 *ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur.* 36. 4 *ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum causa esse liceat.* Cod. 6. 54 *ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa mittatur et quando satisdari debet.* — Bachofen, *Diritto di pegno* p. 303-326, Keller, *Istituzioni* p. 333-340, Kniep, *De cautione et missione legatorum seu fideicommissorum servandorum causa.* Rost. 1872, Ubbelohde, *Arch. per la prat. civ.* LXI p. 68 sg. Hellmann, *Scritti pel giubileo del Planck* p. 243 sg.

(4) L. 1 pr. § 14 l. 5 § 2 l. 14 pr. D. *ut leg.* 36. 3, l. 8 C. *ut in poss.* 6. 54, l. 96 § 3 D. *de leg.* I°; l. 14 pr. l. 15 pr. D. *ut leg.* 36. 3. Cfr. l. 3 pr. D. *ut in poss.* 36. 4; l. 1 § 9 D. *ut leg.* 36. 3, l. 9 pr. D. *ut in poss.* 36. 4 (Bachofen p. 322).

(5) L. 14 l. 15 pr. D. *ut leg.* 36. 3, l. 1 § 3 D. *ut in poss.* 36. 4, l. 3 pr. *eod.*, l. 1 § 9. 10 D. *ut leg.* 36. 3. Su queste Kniep p. 20 ss. V. pure l. 1 § 4 l. 2 *ut in poss.* 36. 4 e su questa Dedekind, *Lo ius deliberandi* (Brunswick 1870) p. 35 sg.

(6) L. 5 § 13 D. *ut in poss.* 36. 4, l. 1 § 8 D. *ut leg.* 36. 3; l. 13 D. *ut leg.*, l. 1 § 7 l. 4 D. *ut leg.*; l. 15 § 2 D. *ut leg.*; l. 5 § 29. 30 D. *ut in poss.* 36. 4. Anche dall'erede contrattuale: Seuff., *Arch.* V. 206.

prestazione di sicurtà mediante costituzione di malleveria[7], e, se questa non vien fornita, può esigere la immissione nel possesso di ciò, che dell'eredità l'onerato ha a sue mani[8]: con tale immissione però egli ottiene soltanto la detenzione in concorso dell'onerato e la facoltà di sorveglianza[9]. Nel caso di dolosa alienazione di cose ereditarie l'immissione si concede secondo l'apprezzamento del giudice anche contro i terzi possessori[10]; in caso d'alienazione lecita il prezzo di acquisto si deposita giudizialmente[11]. Se non esistono beni ereditari corporali, si assegnano all'onorato le ragioni ereditarie[12]. In certi casi vien meno l'obbligazione alla costituzione di malleveria[13]. A

---

(7) L. 1 pr. § 1 l. 4. 16 D. *ut leg.* 36. 3. Cfr. l. 7 *eod.* Oltre a questa prestazione di sicurtà, secondo il diritto romano, l'onorato poteva esigere dall'onerato anche una espressa promessa d'adempimento del legato (*praetoria stipulatio*), ma con ciò materialmente non otteneva alcuna nuova facoltà. L. 1 § 15 D. *ut leg.* 36. 3. — Non può, secondo il diritto odierno, prestarsi la sicurtà anche in maniera diversa dalla malleveria? In senso affermativo Seuff., *Arch.* XXXIII. 144.

(8) L. 1 § 2 D. *ut leg.* 36. 3. « *Nec sine ratione hoc praetori visum est, sicuti heres incumbit possessioni bonorum, ita legatarios quoque carere non debere bonis defuncti: sed aut satis dabitur eis aut, si satis non datur, in possessionem bonorum venire praetor voluit* ». L. 4. 13 *eod.*, l. 5 § 28 D. *ut in poss.* 36. 4. Procedimento: l. 3 § 1 D. *ut in poss.*, l. 5 § 2 D. *ut leg.*, cfr. l. 14 § 1 *eod.*, l. 1 § 3. 4 D. *ut in poss.* Oggetto dell'immissione: l. 5 § 6-12 D. *ut in poss.* Tutela della immissione: l. 5 § 27 D. *ut in poss.*, l. 1 § 2. 8 l. 3 pr. D. *ne vis fiat ei* 43. 4. Ubbelohde, *Gli interdetti del dir. ereditario* (die erbrecht. Interdicte) [*Cont. del Glück* 43. 44 III] p. 208 sg. 222 sg.

(9) L. 5 pr. § 22 D. *ut in poss.* 36. 4, l. 12 D. *quib. ex caus. in poss.* 42. 4. *Pignus praetorium:* I § 233 nota 12. — Eccezionalmente: *a*) la moglie e i discendenti del testatore, se sono poveri, ricevono anche sostentamento dalla eredità, l. 14 D. *ut in poss.* 36. 4. — *b*) Se a chi riceve una singola cosa è imposta la restituzione della stessa, solo il secondo legatario, presupposto che egli a sua volta presti cauzione, riceve il possesso della cosa legata, l. 5 § 29. 30 D. *ut in poss.* 36. 4.

(10) L. 5 § 5 D. *ut in poss.* (« *causa cognita* »), l. 8. 15 *eod.*, l. 6 C. *h. t.* 6. 54.

(11) L. 5 § 4 D. *ut leg.* 36. 3.

(12) L. 10 D. *ut in poss.* 36. 4. — V. pure l. 5 § 1 D. *ut leg.* 36. 3, e su questa Bachofen p. 318, Keller p. 339.

(13) *a*) Di regola a favore del fisco e dei comuni, in modo però che questi ultimi debbono prestare cauzione verbale, l. 1 § 18 l. 6 § 1 D. *ut leg.* 36. 3. Cfr. I

torto s'impugna che le massime qui esposte siano oggidì in vigore[14].

3. Se il legato non è soddisfatto entro sei mesi dalla

---

§ 134 nota 5. — *b*) Quando i figli, che sono istituiti eredi dai loro genitori, devono, in caso di loro decesso senza prole, restituire l'eredità ai loro fratelli e sorelle, o nel caso di loro morte ai nipoti ed ulteriori discendenti dell'ereditando; ammenochè non passino a seconde nozze. L. 6 C. *ad SC. Treb.* 6. 49. Nel § 3 di questa legge il legislatore interdice espressamente ogni interpretazione estensiva, e difficilmente si giustifica il rinvenirne un ampliamento e non semplicemente una inesatta relazione del suo contenuto nella Nov. 22 c. 41, che, secondo la sua propria dichiarazione, vuol confermare la legge stessa. V. Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* V p. 272 sg., Arndts, *Diz. G.* VI p. 308, Seuff., *Arch.* XXXI. 349 — contro l'usuale opinione estensiva, che è sostenuta da Vangerow I § 227 osserv. I Nr. I*d*, Sintenis III § 137 not. 13. V. pure l. 7 D. *ut leg.* 36. 3, l. 52 [50] D. *ad SC. Treb.* 36. 1. Cfr. pure § 652 nota 21.

(14) Si afferma: *a*) che l'immissione del legatario nel possesso è già stata da Giustiniano (l. 1 C. *comm. de leg.* 6. 43, l. 3 § 2 *eod.*, Nov. 39 *praef.*) abolita « con parole recise », v. Löhr, *Mag. per la GP. e la legislaz.* III p. 195. *Arch. per la prat. civ.* V p. 208 not. 3, al quale aderisce Sintenis III § 211 not. 12, cfr. pure Keller op. cit. p. 340. Ma ciò che Giustiniano ha abolito, come il contesto della sua legge mostra chiaramente, è qualche cosa d'affatto diverso, cioè l'immissione nel possesso della cosa lasciata, accordata in date circostanze al fedecommissario in compenso della *actio in rem* a lui mancante, della quale immissione si presentano traccie ancora nei Digesti (v. in ispecie l. 89 § 7 D. *de leg.* II°, l. 109 § 1 D. *de leg.* I°), ed alla quale va riferito anche Paul. *Sentent.* IV. 1 § 15. Cfr. Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* IX p. 130 sg. 306 sg., Arndts, *Diz. G.* VI p. 307 nota 237, E. A. Seuffert, nello scritto citato alla nota 17, p. 21 sg., Dernburg. *D. di pegno* I p. 403. 404, Jhering, *Ann. per la dogm.* X p. 513 (anche Bekker, *Azioni* II p. 203 sulla nota 54). Salkowski p. 618 sg. Concorda nel risultato anche Bachofen p. 323 sg. 325 sg. — *b*) Si afferma, che le immissioni per sicurtà dei legatari siano state abrogate in Germania dalla legislazione o dalla pratica. Glück XVIII p. 266 sg., cfr. Sintenis loc. cit. not. 12 in f., Arndts § 559 not. in f. Neppur questa affermazione è fondata. V. Dernburg, *D. di pegno* I p. 416, Wetzell, *Proc. civile* § 50 III. (Cfr. Unterholzner, *Rapporti di debito* II p. 518. « Tuttavia si potrebbe dire che l'uso forense abbia dimenticate queste prestazioni di sicurtà, piuttosto che non le abbia respinte »). Kniep l. c. p. 42 ss. crede che, secondo il diritto odierno, possa esigersi prestazione di sicurtà soltanto ancora per i legati sottoposti a condizione ed a termine, non per quelli controversi, ma che in tutti i casi, in luogo della immissione di possesso, sottentri il sequestro ordinario. Cfr. pure Ubbelohde op. cit. p. 73 sg. Per l'abolizione dell'immissione Hellmann op. cit. p. 266. 268, Dernburg III § 99 in f. e Trib. dell'Imp. XXIV p. 152.

domanda giudiziale, l'onorato può esigere d'essere immesso nel possesso del patrimonio proprio dell'onerato, per pagarsi coi frutti[15]. Se la mora perdura oltre un anno, l'onerato perde, a titolo di penalità, quanto gli fu lasciato, fatta riserva della legittima[16].

4. Se Giustiniano per maggior sicurtà del legatario ha ancora vietata l'alienazione della cosa legata[17], egli ha con ciò introdotto qualche cosa di nuovo solamente pel legato d'eredità[18]; per i legati singolari ha importanza semplicemente la disposizione aggiuntavi, che l'acquirente non possa diventare proprietario neppure coll'usucapione[19].

---

(15) L. 5 § 16-21. 23-25 D. *ut in poss.* 36. 4, l. 6 C. *eod.* 6. 54. C. d. *missio* Antoniniana (l. 5 § 16 cit. [Ulp.] « *imperator Antoninus* »). Dopo la domanda giudiziale: l. 5 § 16 cit.: — « *post sex menses, quam aditi pro tribunali fuerint hi, quorum de ea re notio est* »; l. 6 C. cit.: — « *post sex menses quam peti coeperit* ». Naturalmente si presuppone che il convenuto non si sia difeso. Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* IX p. 127 sg., Bachofen p. 319 sg., Keller p. 340 sg., Brinz III § 428 nota 30. — La controversia indicata nella precedente nota si riferisce anche a questo caso.

(16) A favore dei sostituiti, coeredi, legatari dell'eredità, eredi *ab intestato*, presupposto che questi, a loro volta, prestino sicurtà per l'adempimento del legato; in mancanza delle menzionate persone, a favore di qualsiasi terzo, che sia disposto a prestare sicurtà, infine a favore del fisco. Nov. 1 c. 1. 4. Cfr. Vangerow II § 459, Sintenis III § 205 not. 20. — Disposizione particolare pei legati « *pro redentione captivorum aut alimentis pauperum* »: Nov. 131 c. 12. Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* V p. 84 sg.

(17) L. 3 § 2. 3 C. *comm. de leg.* 6. 43. E. A. Seuffert, *Il divieto legale di alienazione nei legati singolari ed universali secondo il diritto romano* [das gesetzliche Veräusserungsverbot bei Singular = und Universalvermächtnissen nach römischem Recht] (1854). Schröder, *Sulla teoria delle restrizioni legali della proprietà* [zur Lehre von den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen] (1875) p. 72 sg. Su questo Kohler, *Riv. crit. trim.* XIX p. 155. Salkowski p. 680 sg.

(18) Perchè non si riferisce a questo la l. 1 C. *comm. de leg.* 6. 43, che attribuisce subito al legatario la proprietà della cosa legata (§ 646). Seuffert p. 40. 52 sg., Dernburg, *Diritto di pegno* I p. 328 sg.

(19) L. 3 § 3 cit. i. f. L'alienazione stessa è già nulla per ciò, che l'onerato non è proprietario (§ 646), od è soltanto proprietario limitato (I § 89 nota 4. § 96 nota 5 in f.). Pare invero, che per il caso del legato a termine Giustiniano abbia certamente introdotto qualche cosa di nuovo, in quanto egli, cioè pel legato condizionale, in opposizione a quello incondizionato e sottoposto a

2. Diritti dell'onerato*.

§ 649.

L'onerato può esigere il rifacimento delle spese fatte in ordine alla cosa legata, secondo equo apprezzamento[1], ma per esse egli non ha un diritto di azione, ma soltanto

---

termine, dispone che l'alienazione diventi nulla soltanto coll'adempimento della condizione, quindi, pare doversi concludere, che pel legato a termine essa debba essere immediatamente nulla. Così effettivamente Seuffert p. 46 sg. 57. 62. Ma per me è straordinariamente dubbio, se con ciò sia effettivamente colto l'intendimento di Giustiniano; il legatario può pure non far valere questa immediata nullità, e ciò neppure Seuffert afferma; e dovrebbe Giustiniano aver voluto attribuirne la facoltà all'onerato? Assai più verosimile è per me, che la disposizione di Giustiniano sia soltanto una non felice espressione del pensiero, che nel caso d'un legato a termine l'alienazione è sicuramente nulla, mentre nel caso d'un legato condizionale la nullità sta nell'incerto futuro. — Seuffert p. 50 sg. 58 vuol attribuire valore alla disposizione Giustinianea anche pel caso del legato successivo; neppur a questo cioè si riferirebbe la l. 1 C. *comm. de leg.* 6. 43 (od almeno vi si riferirebbe soltanto, se esso è soggetto a condizione od a termine). Questa opinione non è sostenibile; perchè non dovrebbe la proprietà attraverso la persona del primo legatario trapassare subito al secondo? — Su ciò, che il divieto d'alienazione non si riferisca a cose dell'erede legate, nè a cose altrui legate, procacciate dall'onerato, v. Seuffert p. 71 sg. — Nella sent. del Trib. Sup. d'app. di Dresda in Seuff., *Arch.* III. 352 si ritiene, che il legatario, in base al divieto legale d'alienazione, possa protestare contro una alienazione divisata, coll'effetto, che con ciò venga impedita l'esecuzione legale sulla relativa cosa.

(*) Salkowski p. 526 583.

§ 649. (1) L. 58-60 D. *de leg.* I°, l. 20 [19] § 2 l. 23 [22] § 3 i. f. D. *ad SC. Treb.* 36. 1, l. 32 § 5 D. *de usu et usufr.* 33. 2, l. 50 D. *de usufr.* 7. 1. Secondo equo apprezzamento: l. 58 cit. « *viri boni arbitratu sumptuum rationibus deductis* ». Entra in quest'ordine d'idee anche il tenersi in conto entro a quali limiti nel caso d'un legato a termine o sotto condizione l'onerato abbia ricavato dalla spesa anche un vantaggio. In questa maniera io vorrei intendere lo « *aedificiorum statibus examinatis* » nella l. 58 cit. (ove *statibus* invero è congettura invece del manoscritto *aetatibus*): la casa ricostrutta deve valutarsi secondo il suo valore nello stato in cui l'uso attualmente l'ha ridotta. Se anche la l. 61 D. *de leg.* I° sia da riferire a questo punto, apparisce però assai dubbio; il passo, secondo il testo manoscritto, parla di spese dell'onorato e la congettura, secondo la quale esso parlerebbe di spese dell'onerato « (*sumtus... necessarios factos legatario petenti legatum*) » nè è facile, nè è appoggiata dai Basilici. Salkowski p. 526-550.

un diritto di ritenzione[2]. Egli può inoltre esigere rifacimento per la perdita di una servitù prediale o d'un credito, che abbia sofferto in conseguenza del passaggio della cosa legata attraverso il suo patrimonio[3].

Se un legatario, senza l'assenso dell'erede onerato, si è posto nel possesso della cosa legata, l'erede può esigere la reintegrazione dell'anteriore stato di cose[4].

G. *La legge Falcidia.*

1. Diritto alla quarta Falcidia*.

§ 650.

L'erede può esigere, che gli resti libero da legati un quarto della sua quota ereditaria (§ 634 in f.); in quanto i legati toccano questo quarto, essi non sono validi[1]. Ai legati s'equiparano gli altri aggravi dell'erede[2].

---

(2) Colla *condictio indebiti* pel caso che per errore non si sia sperimentato il diritto di ritenzione, l. 60 D. *de leg.* I°.

(3) L. 70 l. 116 § 4 D. *de leg.* I°, l. 76 § 2 D. *de leg.* II°. L. 76 § 2 *cit.* « *Dominus herede fructuario scripto fundum sub condicione legavit; voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat. Diversum in ceteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est, quoniam fructus portionis instar obtinet* ». Cfr. § 654 nota 18. 5. 16. 22. 25.

(4) *Interdictum quod legatorum.* Dig. 43. 3 Cod. 8. 3 *quod legatorum.* Keller, *Istituzioni* p. 341 sg. Wendt, *Diritto della violenza privata* p. 210 sg. Ubbelohde, *Gli interdetti di diritto ereditario* (*Continuaz. del Glück* 43. 44 vol. 3) p. 140-183. L. 1 § 2 D. *h. t.* 43. 3: — « *aequissimum praetori visum est unumquemque non sibi ipsum ius dicere occupatis legatis, sed ab herede petere* ». Al possesso attuale s'equipara il possesso dolosamente abbandonato, l. 1 § 7 D. *h. t.* 43. 3. Risponde anche il successore particolare, l. 1 § 13 D. *h. t.* (di div. op. Schmidt, *Interdetti* p. 169). Eccezione a causa di non prestata *cautio legatorum servandorum causa:* l. 1 § 16-18 l. 2 § 3 D. *h. t.* 43. 3, cfr. l. 1 § 9 *eod.*

(*) *Inst.* 2. 22 *de lege Falcidia.* Dig. 35. 2. Cod. 6. 50 *ad legem Falcidiam.* — Rosshirt I p. 520-589. Arndts *Diz. G.* VI p. 311-322. Vering p. 745-760. Vangerow II § 534-539, Sintenis III § 215, Brinz 1ª ediz. § 216-219. 2ª ediz. II § 416-420.

(1) Questa massima è stata introdotta da una *lex Falcidia* dell'anno a. u. c. 714. Essa disponeva (l. 1 pr. D. *h. t.*): « *Quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure* § 650.

Che l'erede sia testamentario od *ab intestato*, non fa differenza[3]. Invece gli altri onorati all'infuori dell'erede non hanno un egual diritto[4]; essi possono soltanto, di fronte a coloro verso i quali sono a loro volta gravati, portare in proporzionale deduzione ciò, che per parte propria perdono per effetto della legge Falcidia[5].

La invalidità degli aggravi, lesivi della quarta Falcidia è nullità[6]. Nel caso d'indivisibilità del legato il legatario è obbligato ad un indennizzo pecuniario[7]. Ove sia incerto, se la quarta sia lesa, il legatario deve dar sicurtà per la eventuale restituzione di quanto abbia ricevuto in eccesso[8].

---

publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita detur legatum (l. *legetur*), *ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant. Eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto, isque heres qui eam pecuniam dare* (*iussus*) *damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est* ». Diritto anteriore: Gai. II. 224-227.

(2) La legge Falcidia si riferiva soltanto ai legati. Ai fedecommessi venne estesa sotto Vespasiano dal *SC. Pegasianum*, Gai. II. 254, § 5 *I. de fideic. her.* 2. 23; alle donazioni per causa di morte, da Settimio Severo, l. 32 § 1 D. *de don. i. v. e. u.* 24. 1 [Seuff., *Arch.* LIII. 194], l. 77 § 1 D. *de leg.* II°, l. 5. 12. C. *h. t.* 6. 50, l. 2 C. *de m. c. don.* 8. 56 [57]; agli oneri imposti per via di condizione, da Giustiniano, l. 18 C. *h. t.*

(3) Ai fedecommessi *ab intestato* la legge Falcidia è stata estesa da Antonino Pio, l. 18 pr. D. *h. t.*

(4) Neppure i legatari dell'eredità. L. 49 [47] § 1 D. *h. t.*, l. 23 [22] § 5 l. 26 [25] § 2 D. *ad SC. Treb.* 36. 1.

(5) L. 43 § 3 D. *de cond.* 35. 1, l. 32 § 4 cfr. § 5 D. *h. t.*, l. 1 l. 5 D. *si cui plus* 35. 3, l. 65 [63] § 12 D. *ad SC. Treb.* 36. 1. In caso di legati d'alimenti essi, anche in conformità alla presunta volontà del testatore, non hanno questo diritto, l. 25 § 1 D. *h. t.*, l. 77 § 1 D. *de leg.* II°, l. 21 § 1 D. *de ann.* 33. 1.

(6) L. 73 § 5 D. *h. t.*: — « *si excesserit quis dodrantem, pro rata portione per legem ipso iure minuuntur* (*sc. legata*) ». L. 1 § 5 D. *quod leg.* 43. 3: — « *portio legis Falcidiae apud heredem ipso iure remanet, etsi corporaliter res in solidum translatae sunt* ». L. 23. 26 D. *h. t.*, l. 76 D. *de R. V.* 6. 1. V. pure § 33 *I. de act.* 4. 6.

(7) L. 7. 23 l. 80 § 1 D. *h. t.*, l. 5 § 1 D. *de doli exc.* 44. 4, l. 76 pr. D. *de leg.* II°.

(8) Tit. Dig. 35. 3 *si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur;* l. 1 § 16 l. 31 l. 45 § 1 l. 73 § 2 D. *h. t.* Oppure anche, si sospende intanto il pagamento del legato, e l'erede dà sicurtà. L. 73 § 1 cit.: — « *cautionibus res explicari potest, ut duorum alterum fiat, aut ita ratio habeatur, tamquam pure debeatur, aut ita, tamquam nihil debeatur, deinde heredes et legatarii*

Il diritto alla quarta può farsi valere non solamente per via di difesa contro la ragione del legato [9], ma anche in via d'azione [10]. Però di regola la ripetizione dell'indebito prestato vien meno, se lo si è prestato conoscendo che non era dovuto od in conseguenza d'errore inescusabile [11].

2. Eccezioni *.

§ 651.

Il diritto alla quarta Falcidia può essere escluso da disposizione del testatore [1]. Pei legati, lasciati da un soldato, era escluso secondo il diritto romano anche senza una tale

---

inter se caveant, ut exsistente condicione aut heres reddat, quanto minus solverit, aut legatarii restituant, quanto plus consecuti sint ». — La sicurtà deve prestarsi mediante costituzione di malleveria, l. 3 § 1 D. *si cui plus* 35. 3. Il fisco di regola ne è esente, l. 3 § 5 *eod.*: del pari il legatario degli alimenti, l. 3 § 4 *eod.*

(9) In date circostanze anche per via di *exceptio* o *replicatio*. L. 23 l. 80 § 1 D. *h. t.*, l. 5 § 1 D. *de doli exc.* 44. 4, l. 76 pr. D. *de leg.* II°; l. 16 pr. § 1 D. *h. t.*; l. 88 § 1 D. *h. t.*; l. 15 pr. D. *h. t.* Cfr. Ubbelohde, *Sulla massima « ipso iure compensatur »* p. 57 sg.

(10) *Rei vindicatio:* l. 26 D. *h. t. Condictio indebiti:* l. 31 D. *h. t.*, l. 9 C. *h. t. Actio in factum:* l. 77 § 2 D. *de leg.* II°, l. 1 § 11 D. *h. t. Actio de dolo:* l. 23 D. *de dolo* 4. 3 (cfr. su questo passo Ubbelohde, *Riv. per la st. del diritto* XI p. 250 sg.).

(11) L. 1. 9. 19 C. *h. t.*, l. 9 § 5 D. *de I. et F. I.* 22. 6, Nov. 1 c. 3. Cfr. II § 289 nota 5.

(*) Cfr. su ciò specialmente Vangerow II § 538.

(1) Così dispose Giustiniano nella Nov. 1 c. 2 § 2 (Anth. *Sed cum testator* C. *h. t.*), mentre secondo il diritto anteriore il diritto alla quarta era sottratto all'arbitrio del testatore, l. 15 § 1. 8 l. 27 D. *h. t.*, l. 11 C. *h. t.* (cfr. del resto anche l. 12 D. *h. t.*, l. 77 § 31 D. *de leg.* II°, e su queste Dernburg, *Arch. per la prat. civ.* XLVII p. 297 sg.; sulla l. 64 D. *h. t.* v. Vangerow II p. 394). Ma v'è controversia sulla interpretazione della disposizione Giustinianea. L'opinione dominante richiede l'esclusione del diritto alla quarta per via di una espressa disposizione a ciò diretta; così ultimamente di nuovo Brinz 1ª ediz. p. 938. 2ª ediz. II § 417 nota 10. Altri sono d'opinione, che il diritto alla quarta sia già escluso allorquando il testatore non sia stato in errore su ciò, che egli sottrae all'erede più di $^{3}/_{4}$. Marezoll, *Mag. per la GP. e per la legislaz.* IV p. 354-362, Neuner, *Heredis institutio ex re certa* p. 117-120. Cfr. Seuff., *Arch.* XI. 57, XXVII. 239. Una terza opinione esige invero non una espressa dichia-

§ 651.

disposizione[2]; ciò oggidì non vige più[2a]. Per contro vien meno anche secondo il diritto odierno:

1. Per pena all'erede, se egli non fa un regolare inventario[3], o se cerca di defraudare il legatario del suo legato[4].

---

razione diretta all'esclusione del diritto alla quarta, ma però una volontà del testatore specialmente diretta a questa esclusione, quindi oltre alla coscienza di sottrarre all'erede più di $^{3}/_{4}$, anche la coscienza, che ciò avviene in contraddizione col precetto della legge Falcidia. Così Vangerow loc. cit. I Nr. 2, al quale tengon dietro Arndts, *Diz. G.* VI p. 320, Sintenis III § 215 not. 44. Seuff., *Arch.* XXXIII. 47 Nr. 6, XXXIII. 50. Anch'io tengo questa opinione intermedia per la preferibile. La prima non può invocare la lettera della disposizione Giustinianea: « *Si vero expressim designaverit non velle heredem retinere Falcidiam* (εἰ μέντοι ῥητῶς ἐπισχήψειε) », poichè non soltanto è ovvio scambiare fra di loro dichiarazione espressa e volontà espressa (indubitata), ma v. pure p. es. l. 18 [17] pr. D. *ad SC. Treb.* 36. 1 in relazione alla l. 3 § 3 D. *de usur.* 22.1 e alle restanti leggi menzionate alla nota 15 del § 647. Cfr. Leonhard, *Errore* p. 207. La seconda opinione ha invero un non trascurabile appoggio in ciò, che Giustiniano contrappone il caso dello *expressim designare* al caso dell'errore del testatore sull'importo del suo patrimonio, o di ciò, che l'erede sullo stesso riceve; ma se Giustiniano effettivamente voleva che il diritto alla quarta debba essere escluso già allorquando il testatore ha disposto solamente nella consapevolezza che all'erede non resta un quarto: perchè non lo ha egli semplicemente detto? E Giustiniano comincia la sua disposizione (c. 2 init.) con una non oscura conferma della legge Falcidia, sebbene essa si ponga in contraddizione colla volontà del testatore. Soltanto, egli dispone, il legatario deve colla confezione d'un inventario venir assicurato contro una deduzione infondata. Qui poi egli intercala questa osservazione: ma se si desume dall'inventario, che all'erede effettivamente resta meno d'un quarto, si deve anzi ritenere che la riduzione dei legati sia corrispondente alla volontà del testatore. — A questa stregua è da decidere specialmente, che nei casi, in cui la volontà del testatore non diretta ad un legato, è tenuta ferma per via di costruzione giuridica trasformandola in una disposizione di legato (§ 552 nota 3 sg., § 553 nota 6 sg., § 554 nota 19), il diritto alla quarta Falcidia non vien meno. Cfr. del resto Seuff., *Arch.* XI. 63 Nr. 1 e *Decisioni di Rostock* VIII Nr. 66 (= Seuff., *Arch.* XXX. 157).

(2) Qui, come in tutti i casi di disposizioni d'ultima volontà d'un soldato, si dava esecuzione alla volontà effettiva del testatore. L. 7 C. *h. t.*, l. 12 C. *de test. mil.* 6. 21, l. 3 § 1 D. *ad SC. Treb.* 36. 1; l. 17. 92. 96 D. *h. t.*, l. 17 § 4 l. 18 D. *de test. mil.* 29. 1.

(2a) Legge militare dell'impero 2 Maggio 1874 § 44 (cfr. § 537 nota 4a).

(3) In questo caso egli deve pagare i legati anche al di là della consistenza della eredità. Cfr. § 606 note 8. 18, § 634 nota 10. Seuff., *Arch.* XXXI. 350, [XLVIII. 98, L. 184.]

Delle cose ereditarie distratte, e dei legati, che l'erede, allo scopo di eludere la legge, ha assunto nascostamente di corrispondere ad un incapace, riceve la quarta invece dell'erede il fisco[5].

2. A causa del favore, che godono certi legati, il diritto alla quarta vien meno[6]: pei legati a scopi pii[7]; pei legati mediante i quali vien coperta la legittima[8]; pei legati alla moglie di cose, che sono destinate al suo uso personale[9].

3. Non è nulla di particolare, che l'erede perda il diritto alla quarta anche colla rinunzia[10], lo è bensì, che una tale rinunzia si ravvisi già in ciò, che conoscendo la lesione della quarta si cominci il pagamento dei legati pel loro pieno importo[11]. Non è nulla di particolare pel legato d'ere-

---

(4) L. 59 pr. D. *h. t.* « *Beneficio legis Falcidiae indignus esse videtur, qui id egerit, ut fideicommissum intercidat* ».

(5) L. 6 D. *de his quae ut ind.* 34. 9, l. 24 pr. D. *h. t.*, cfr. l. 68 § 1 *eod.*; l. 11 D. *de his quae ut ind.* 34. 9, l. 13 l. 59 § 1 D. *h. t.*, l. 3 C. *h. t.*, l. 49 D. *de I. F.* 49. 14.

(6) Secondo il diritto romano, oltre ai legati menzionati in seguito, entrava in questo novero anche il legato a scopo di libertà. L. 33. 35. 36 § 3 D. *h. t.*, l. 6 D. *de fideic. lib.* 40. 5.

(7) Nov. 131 c. 12. Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* V p. 76 sg., Vangerow loc. cit. Nr. III. 6. Seuff., *Arch.* XI. 63 Nr. 2.

(8) L. 87 § 4 D. *de leg.* II°, l. 36 pr. C. *de inoff. test.* 3. 28. Cfr. v. Buchholtz, *Dissert. giuridiche* p. 156 sg. Concorrenza dell'*actio suppletoria* di fronte alla esistenza di coeredi dell'onerato? Cfr. E. A. Seuffert nelle aggiunte al *Trattato* di suo padre § 624 nota 12 in f. § 654 nota 6 in f.

(9) L. 81 § 2 D. *h. t.*

(10) L. 19 C. *h. t.*, l. 46. 71 D. *h. t.*, l. 20 § 1 D. *de don.* 39. 5. Non è valida la rinunzia prima della morte dell'ereditando, l. 15 § 1 D. *h. t.*

(11) Egli non deve poter ricusare ad un legatario successivo quanto ha concesso all'anteriore. Così prescrisse Giustiniano nella Nov. 1 c. 3. Naturalmente in proposito si presuppone, che l'erede non sia stato determinato da particolari motivi desunti dalla persona dell'anteriore legatario. Altre interpretazioni della legge in Rosshirt I p. 586 nota 4 ed in Puchta § 548*d*. § 549 k. V. in contrario Vangerow loc. cit. Nr. II. 1, Sintenis III § 215 not. 48. Non altrimenti si può giudicare del caso, in cui i legati, dai quali l'erede ha cominciato il pagamento, sono dovuti ad un medesimo legatario: quindi la l. 15 § 2 D. *h. t.* è antiquata, se essa parla in genere di pagamento scientemente fatto; il che certo non fa la l. 16 D. *h. t.* Di div. op. Vangerow loc. cit., in contrario Sintenis loc. cit.

dità, che esso non sottostia ad alcuna deduzione, quando l'erede ha adito coattivamente[12] [13].

3. Computo della quarta.

§ 652.

L'erede può esigere d'avere il quarto della sua parte ereditaria[1] libero da legati ed altri aggravi.

1. Egli può esigere il quarto della sua parte ereditaria. Naturalmente della sua parte ereditaria netta, della sua parte ereditaria detratti i debiti, poichè l'erede non sopporta meno i debiti, per ciò, che egli sia onerato di legati o d'altre liberalità[2]. Però l'erede può non solo detrarre i debiti lasciatigli dal testatore, ma anche le spese del seppellimento, che ugualmente costituiscono un debito dell'eredità[3]; egli può inoltre detrarre le spese dell'assunzione e della liquidazione dell'eredità[4], e secondo la disposizione del diritto canonico anche la sua legittima[5]. Si ha riguardo allo stato dell'eredità all'epoca della morte del testatore; i posteriori aumenti non possono invocarsi

---

(12) Perchè l'erede in questo caso non deve avere in genere alcun profitto dall'adizione. L. 4 l. 14 § 4 l. 28 [27] § 2 D. *ad SC. Treb.* 36. 1. Cfr. § 668.

(13) È ancor meno qualche cosa di particolare lo escludersi la deduzione della quarta nei legati, che al legatario non danno se non quanto anche senza di questi gli spetta, come pure di fronte a quelli, che non tolgon nulla all'erede, perchè l'oggetto legato non ha per lui alcun valore patrimoniale. L. 28 § 1 D. *de leg.* I°, l. 57. 81 D. *h. t.*, l. 1 § 10 *eod.*, l. 1 § 12 D. *de dote prael.* 33. 4; l. 15 C. *h. t.* Sull'ultimo passo cfr. pure Arndts VI p. 322 nota 47, Vangerow loc. cit. Nr. III, 2.

§ 652. (1) La quota ereditaria può naturalmente essere anche l'intiera eredità.

(2) § 3 I. *h. t.*, l. 39 D. *h. t.*, l. 6 pr. l. 14 C. *h. t.* L'erede può detrarre anche ciò di cui il testatore era a lui stesso debitore, l. 6 pr. l. 8 C. *h. t.*, l. 87 § 2 D. *h. t.*, cfr. l. 12 D. *h. t.*, l. 77 § 31 D. *de leg.* II° (§ 651 nota 1); come egli viceversa deve computare nella eredità ciò, di cui a sua volta era debitore al testatore. Cfr. II § 352 nota 4.

(3) Cfr. § 3 I. *h. t.*, l. 1 § 19 l. 2 D. *h. t.* Cfr. II § 430 nota 20.

(4) L. 72 D. *h. t.*, l. 22 § 9 cfr. § 4 C. *de iure del.* 6. 30.

(5) C. 16. 18 X. *de testam.* 3. 26. Questi passi direttamente decidono soltanto il caso, in cui i figli sono gravati del legato di restituire pel caso di decesso

dai legatari, le posteriori diminuzioni non possono invocarsi dall'erede[6]. Come posteriore diminuzione, che non torna a profitto dell'erede, si considera anche il fatto, che debitori ereditari diventino insolvibili[7], mentre viceversa torna sicuramente a vantaggio dei legatari il fatto, che debitori ereditari insolvibili acquistino nuovi beni[8]. Similmente torna a profitto dei legatari il diventare incondizionati crediti ereditari condizionali; ma anche a profitto dell'erede, il diventar incondizionati debiti ereditari condizionali[9].

---

senza prole l'eredità paterna ad un terzo; ma essi riconoscono un principio. Il diritto romano non conosce affatto questo principio, cfr. l. 8 § 9 D. *de inoff.* 5. 2. Effettivamente la disposizione del diritto canonico si fonda sopra una idea completamente estranea al diritto romano, l'idea che l'erede necessario riceva una determinata parte dell'eredità come interamente sottratta alla disposizione, quindi nella sua qualità d'erede *ab intestato*. V. in ispecie c. 18 cit.: — « *quoniam idem R. habebat in bonis quondam Peponis patris sui tertiam partem iure naturae, in qua gravari nequivit, nec non quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus restitutione gravatus deducere potuisset* ». È palmare, che il diritto canonico qui sta sotto l'influenza di una idea giuridica germanica. — Del resto ciò che qui è insegnato non è generalmente riconosciuto. Altri nella interpretazione dei menzionati passi sono più rigorosi, e non vogliono andar oltre ai discendenti, o non oltre il caso del legato d'eredità, o sia pure non oltre il caso del legato d'eredità a condizione od a termine. Cfr. Glück VII p. 154 sg., Rosshirt I p. 548 sg., Arndts, *Diz. G.* VI p. 314 nota 293, Sintenis III § 215 not. 41, Puchta § 551 e corrispond. lez. Seuffert, *Arch.* III, 353. 354. V. 41, VII. 207, XIII. 106, XXV. 143 [LIII. 19 p. 28.]

(6) § 2 I. *h. t.*, l. 30 pr. § 2-4 l. 56 pr. l. 73 pr. D. *h. t.*

(7) L. 30 pr. D. *h. t.* « *In ratione legis Falcidiae... debitorum facta peiora nomina... heredi pereunt* ». L. 56 pr. D. *h. t.*

(8) L. 56 § 1 D. *h. t.*: — « *et ego quaeram, si debitoris, qui tunc non erat solvendo, ampliatae facultates fuerunt? et cum in isto placuerit, ex post facto uberiorem videri fuisse hereditatem...* » L. 82 D. *h. t.*, ove si dice, che oltre a quanto può riscuotersi dal debitore, deve comprendersi nel computo il valore venale del sopravanzo. — Come del cambiamento nella solvibilità del debitore, si giudica nell'uno e nell'altro riguardo anche del cambiamento nell'ammontare del peculio in caso di debito peculiare. L. 56 pr. § 1 D. *h. t.* In base a questo passo si rettifica la l. 83 D. *h. t.*

(9) L. 56 § 1 D. *h. t.* cit., ove, dopo le parole riprodotte nella nota precedente, si dice ulteriormente: « *sicuti cum condicio crediti exstitit post mortem* ». L. 73 § 1 D. *h. t.*

2. L'erede può esigere d'avere il quarto della sua parte ereditaria come parte ereditaria, nella sua qualità d'erede[10]. Ciò che egli ha per elargizione del testatore, ma non come erede, non gli è imputato nella sua quarta; quindi specialmente non un legato fatto a suo favore, nè maggiormente quanto egli riceve per adempimento della condizione d'una disposizione fatta a favore d'un altro[11]. Però il testatore può prescrivere il contrario[12]. Nè più degli altri legati deve l'erede imputare nella sua quarta quelli, che egli riceve da un legatario onerato a suo favore[13]; soltanto a

---

(10) Dernburg, *Arch. per la prat. civ.* XLVII p. 291 sg. (1864). Cfr. Seuff., *Arch.* V. 42.

(11) L. 74 D. *h. t.* « *Quod autem dicitur, si ex iudicio defuncti quartam habeat heres, solida praestanda esse legata, ita accipere debemus, si hereditario iure habeat: itaque quod quis legatorum nomine a coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur* ». L. 91 D. *h. t.* « *In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae condicionis causa accipit* ». L. 22 pr. l. 86 D. *h. t.*, l. 24 C. *fam. erc.* 3. 36; l. 76 pr. l. 44 l. 40 § 1 D. *h. t.* Relativamente all'ulteriore contenuto della l. 91 D. *h. t.* cit. cfr. § 666 nota 8.

(12) A mezzo d'una tale disposizione può l'ereditando coprire la quarta anche a mezzo di attribuzioni fra vivi. L. 56 § 5 D. *h. t.* — L'ereditando invero con una tale disposizione non rende eredità ciò, che eredità non è; ma procaccia un compenso per l'eredità, che egli toglie coi legati imposti. Quindi nella l. 56 § 5 D. *h. t.* si dice semplicemente: « *nihil aliud sub occasione legis Falcidiae intervenire potest, quia vivus videtur heredi futuro providere* ». Un altro criterio, e conducente ad un altro risultato viene applicato dalla l. 75 D. *h. t.*, quello della presupposizione (§ 636 nota 3): « *Sed si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fideicommissa praestet, deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet* ». Ad ogni modo secondo il diritto ultimo la disposizione d'imputare un legato ecc. nella quarta, è già direttamente operativa per ciò, che in una tale disposizione si contiene un divieto di detrarre la quarta fino all'importo di quanto è stato attribuito. Cfr. E. A. Seuffert nel *Trattato* di suo padre § 622 nota 11. Divergente Dernburg, *Arch. per la prat. civ.* XLVII, p. 294 sg., v. Buchholtz, *Prelegati* p. 445 sg., Brand, *Illustrazione critica della l.* 31 (30) § 4 *ad SC. Treb.* (Cassel 1879) p. 30 sg., i quali scrittori insegnano, che il legatario abbia soltanto la scelta fra il legato e la detrazione della quarta. Sullo scritto di Brandt cfr. Schirmer, *Riv. crit. trim.* XXII p. 434 sg.

(13) L. 29 D. *h. t.* « *Si a me tibi fideicommissum vel legatum est tuque id post tempus rogatus sis mihi restituere, non puto hoc imputandum esse in Falcidiam, quia incipio postea quasi fideicommissarius id recipere* ». L. 22 pr. D. *h. t.*

questo stesso legatario, fino a concorrenza di quanto egli riceve da lui, non può fare alcuna detrazione[14]. In egual maniera deve decidersi di ciò, che l'erede riceve da un legatario per adempimento della condizione, sotto la quale gli è stato fatto il legato[15]. Invece non deve decidersi in egual maniera di ciò, che l'erede, secondo la disposizione del testatore, deve ricevere in restituzione dal legatario contro la prestazione del legato o di quanto egli può detrargli[16]: ciò che l'erede riceve in questa maniera, egli lo ha invero non come erede[17], ma, secondo la volontà del

---

(14) L. 22 pr. D. *h. t.*, l. 94 D. *eod.*, l. 79 [78] pr. D. *de her. inst.* 28. 5, l. 15 D. *de his quae ut ind.* 34. 9, l. 24 i. f. C. *fam. erc.* 3. 36. Queste leggi parlano soltanto del caso, in cui il legatario, che sta di fronte all'erede, è coerede, ma non vi è ragione, per limitarne la decisione a questo caso. Dernburg op. cit. p. 300 sg., v. Buchholtz, *Ann. di Sell* III p. 256 sg. e *Prelegati* p. 446 sg. [G. Kretschmar, *Compensazioni nel diritto ereditario* Lipsia 1892.]

(15) Si deve decidere egualmente nell'uno e nell'altro degli indicati rapporti, per modo che ciò che si è ricevuto non si imputa da un lato nella quarta, e dall'altro diminuisce la detrazione da farsi al relativo legatario. Quest'ultimo punto non è nelle fonti espressamente attestato, e quindi lo negano v. d. Pfordten, *De praelegatis* p. 84 e v. Buchholtz, *Prelegati* p. 455, per quanto mi pare, a torto. Quanto al primo, v. specialmente l. 40 § 1 D. *h. t.* « *Si cui, si decem dedisset, viginti fundus fuisset legatus, is in toto fundo legatarius habebitur* ». Inoltre l. 30 § 7 l. 91 D. *h. t.* Cfr. § 666 nota 8.

(16) Entra in questo novero la disposizione che l'erede debba comprare o vendere una certa cosa per un prezzo non corrispondente al suo valore. L. 19 cfr. l. 30 § 1 l. 87 pr. D. *h. t.* Ma in ispecie vi entra il caso, in cui un legato d'eredità è dato *deducta, retenta, praecepta, accepta certa re* o *pecunia*, § 9 I. *de fideic. her.* 2. 23, l. 30 § 7 l. 90. 91. 93 D. *h. t.*, l. 60 [58] § 3 l. 65 [63] § 5 D. *ad SC. Treb.* 36. 1. Quanto al legato *accepta certa re* o *pecunia*, esso è molto prossimamente affine al caso, in cui si lega qualche cosa sotto condizione d'una prestazione da parte del legatario, e la giurisprudenza romana non se lo dissimulò. L. 30 § 7 cit. « *Tametsi autem legis Falcidiae ratione, quae condicionis implendae causa heredi sunt data, in quartam non computantur, tamen id, quod non figura condicionis accipere iussus est ab eo, cui hereditatem restituere rogatus est, Celso et Juliano nostro placuit computari, quemadmodum si ea summa heres vendere eas res iussus esset, quia non condicionis implendae causa, sed quodammodo pro pretio inferre sunt iussi* ». V. pure l. 109 D. *de cond.* 35. 1, l. 13 § 6 D. *de H. P.* 5. 3, e cfr. § 666 nota 8 in f., Dernburg p. 316 sg., Schlagintweit, *Ann. per la dogm.* VI p. 354 sg.

(17) Come erede egli non ha neppure ciò che è autorizzato a ritenere sulla eredità da restituire. In quanto egli restituisce l'eredità, cessa d'avere come

testatore, come compenso per ciò, che egli non ha come erede[18]. I prelegati l'erede fino alla concorrenza della sua

---

erede ciò, che aveva come tale; nella qualità d'erede egli non può più avere nulla. Ciò che ha ritenuto, egli lo ha in forza della disposizione, che gli concede la ritenzione, e questa disposizione è una disposizione singolare, un legato. V. § 9 I. *de fideic. her.* 2. 23: — « *et res, quae remanet apud heredem, sine ullo onere hereditario apud eum manet quasi ex legato ei adquisita* ». Cfr. in ispecie Neuner, *Heredis institutio ex re certa* p. 95 sg., ultimamente Brandt nello scritto indicato nella nota 12 in f. p. 30 sg.; di div. op. Brinz 1ª ediz., p. 929. 2ª ediz. II p. 341, Mandry, *Arch. per la prat. civ.* LI p. 97 sg., Arndts, *Cont. del Glück* XLVII p. 45, Kretschmar, *La natura del prelegato* p. 7 sg. 194 sg., E. A. Seuffert, nelle *Pand.* di Seuffert, § 642 nota 8, Dernburg III § 87 nota 6. Del resto va troppo oltre Neuner, quando ritiene (vedasi anche Vangerow 7ª ediz. II p. 485 ed anteriori edizioni di questo trattato [prima della 5ª]), che l'onerato RICEVA di ritorno dal legatario dell'eredità le cose riservate. Egli le RITIENE appunto, non solamente quanto al possesso, ma anche quanto al diritto. Se per il contrario viene allegata la l. 17 [16] § 3 *ad SC. Treb.* 36. 1: — « *nec enim posse ex iure deduci quantitatem* », Schwing sulla teoria della *heredis institutio ex re certa* p. 38 sg. con ragione osserva, che questo principio nel menzionato passo non è riconosciuto, ma rigettato. Solamente da ciò non segue, che le cose riservate l'erede onerato le abbia *iure hereditario*. Egli ha invero la stessa proprietà, che ha acquistata come erede e non una proprietà a lui dal legatario dell'eredità trasmessa, novellamente; ma questa proprietà egli non avrebbe più, se non vi fosse la disposizione della detrazione. PERCIÒ egli l'ha in forza di questa disposizione. Qui ricorre essenzialmente lo stesso rapporto come nel caso del legato di rivendicazione. Anche in questo caso la proprietà del legatario non passa prima attraverso alla persona dell'erede, ma nasce nello stesso istante del diritto dell'erede all'eredità, ed impedisce, che la proprietà sulla cosa legata si trasferisca all'erede. L. 80 D. *de leg.* II°, l. 69 pr. D. *de leg.* I°. Come qui il fatto della istituzione nella eredità non ha per conseguenza che l'istituito diventi almeno per un momento proprietario della cosa legata, così nel nostro caso dalla restituzione non segue, che nell'eredità la proprietà sulle cose riservate trapassi a chi la riceve. La differenza è soltanto, che là è la volontà del testatore che opera in senso limitativo, qui è la volontà del restituente. Ma il potere la volontà del restituente operare in senso limitativo, ha la sua base non già nel suo diritto successorio, bensì nella disposizione del testatore, che gli attribuisce questa cosa. Kretschmar, *La natura del prelegato* p. 8 sg. non vuol riconoscere questa disposizione come legato, od almeno come « legato vero e proprio », perchè essa sarebbe rivolta al ritenere, non al conseguire. A tale stregua non si darebbe neppure un *fideicommissum ne petat* (*creditor*). Cfr. l. 22 D. *de lib. leg.* 34. 3.

(18) Sui diversi concetti cfr. Vangerow § 536 osserv. Nr. II, Schlagintweit op. cit. p. 350 sg., Jacoby, *Riv. pel dir. e per la proc. civ. N. S.* XVI p. 66; Dernburg

quota ereditaria non li ha come legatario, e quindi deve imputarli nella sua quarta fino a questa concorrenza[19]. — Similmente deve l'erede imputare i frutti che, secondo la disposizione del testatore, percepisce nell'intervallo da un oggetto legato da consegnarsi soltanto in seguito; poichè anche in una tale disposizione sta una attribuzione d'eredità[20]. A questa massima vi è però una eccezione per un caso affatto speciale indicato nella nota[21].

---

p. 314 sg., Schwing, *Sulla teoria della « heredis institutio ex re certa »* p. 27 sg. 38 sg., Neuner op. cit. p. 107 sg., Brinz 1ª ediz., p. 927 sg. 2ª ediz. II p. 341, Brandt, nello scritto indicato nella nota 12 in f., p. 69 sg. Cfr. la not. 17 a p. 31 sg. — Per il primo dei casi menzionati nella nota 16 (compera per un prezzo più elevato o vendita per un prezzo inferiore) nelle fonti ricorre anche il concetto, che la controprestazione del legatario non debba imputarsi nella quarta, ma dedursi dall'importo del legato. L'uno e l'altro computo conduce allo stesso risultato. Questo però certo nel caso, in cui esiste soltanto un legatario. Ma anche nella pluralità di legatari, purchè nell'ultimo caso nel riparto di quanto si deve dedurre sui singoli legati, si computi il legatario, che deve ricevere verso una controprestazione, coll'effettivo profitto del legato, quindi con ciò che egli CONSERVA dopo la deduzione della controprestazione, non con ciò che egli RICEVE nell'esteriorità. (Esempio. Patrimonio di 400. *A* deve avere un legato di 200, a *B* si deve vendere per 50 una cosa, che vale 200. I 50, che l'erede deve avere oltre al prezzo di vendita, vanno detratti ad *A* ed a *B* secondo il rapporto di 4 : 3, non in parti uguali. Ma che si dica: all'erede si tolgono 200 + 200, mentre gli vanno restituiti 50, oppure: all'erede si tolgono soltanto 200 + 150, è indifferente). Cfr. anche E. A. Seuffert, Aggiunta al *Trattato* di suo padre § 622 nota 14.

(19) L. 74. 86 D. *h. t.*, l. 91 *eod.* (cfr. § 666 nota 8), l. 24 C. *fam. erc.* 3. 36. Cfr. § 627 nota 4. — Al prelegato non s'equipara ciò, che l'erede riceve mediante collazione. Arndts, *Diz. G.* III p. 835, Leist, *Cont. di Glück* Serie dei libri 37 e 38 III p. 448 in basso.

(20) L. 15 § 6 l. 24 § 1 l. 88 § 3 D. *h. t.* (cfr. in quest'ultimo passo II § 274 not. 4); l. 18 § 1 D. *h. t.*, l. 23 [22] § 2 l. 60 [58] § 5 D. *ad SC. Treb.* 36. 1, l. 8 § 11 D. *de inoff.* 5. 2. I frutti ereditari sono eredità, poichè l'erede li ha in tale sua qualità; ma non perciò egli deve imputare nella sua quarta tutti i frutti, che ritiene (§ 647 nota 14), sì bene soltanto quelli, che ritiene in conformità a disposizione del testatore; poichè soltanto questi sono eredità attribuitagli (l. 3 pr. § 1 D. *h. t.*). L. 22 § 2 cit. « *Si heres post multum temporis restituat, cum praesenti die fideicommissum sit, deducta quarta restituet: fructus enim qui percepti sunt, neglegentia petentis, non iudicio defuncti percepti videntur. Alia causa est, si sub condicione vel in diem rogatus fuerit; tunc enim, quod percipitur, summovet Falcidiam, si tantum fuerit, quantum quarta facit et quartae*

3. L'erede può esigere il quarto della sua parte ereditaria libero da legati ed altri oneri. Si computano naturalmente soltanto quei legati ed aggravi, che sono validi ed efficaci[22], e questi solamente in quanto essi sottraggono effettivamente qualche cosa all'erede[23]. I legati, dai quali non può detrarsi la quarta, sono di regola portati in conto nel computo della quarta[23a]; però accade pure, che essi restino fuori del conto, cioè che non venga posto a raffronto l'importo complessivo di tutti i legati coll'intiera quota ereditaria, ma che i legati sottoposti alla deduzione vengano confrontati con quello, che i legati non sottoposti alla deduzione lasciano sopravanzare dall'eredità[24]. In

---

fructus: nam fructus, qui medio tempore percepti sunt, ex iudicio testantis percepti videntur ». V. pure § 2 I. *h. t.*, l. 30 pr. l. 73 D. *h. t.* Con questo criterio si rettifica l'inesatta espressione della l. 19 [18] § 1 D. *ad SC. Treb.* 36. 1. — Ma dai frutti ereditari da imputarsi devono dedursi gli interessi della quarta a partire dall'epoca della morte del testatore fino all'acquisto dei frutti, o, il che riesce allo stesso, devono gli interessi di questo ammontare imputarsi per l'integrazione della quarta. L. 16 [15] § 6 l. 19 [18] § 1 l. 24 § 1 D. *h. t.*, l. 23 [22] § 2 D. *ad SC. Treb.* 36. 1. Poichè l'erede può esigere d'avere la sua quarta non solo in genere, ma anche subito. — Cfr. pure Seuff., *Arch.*, X. 188.

(21) Se i genitori impongono ai figli istituiti, pel caso che questi muoiano senza prole, di restituire l'eredità ai loro fratelli e sorelle, o dopo la morte di costoro ai nipoti, pronipoti ecc. dell'ereditando. In questo caso persino l'espressa disposizione del testatore, che la quarta debba soddisfarsi coi frutti, è inefficace. L. 6 C. *ad SC. Treb.* 6. 49. Cfr. § 648 nota 13 lit. 6. Seuff., *Arch.* II. 107, IV. 67, VII. 207. [Trib. dell'Imp. *Sent.* XXIX p. 104 sg.: non importa la persona a favore della quale è rivolto il fedecommesso. Esatto.]

(22) L. 50. 51 l. 76 § 1 D. *h. t.* Seuff., *Arch.* II. 208.

(23) L. 1 § 10 D. *h. t.;* l. 30 § 1 l. 87 pr. cfr. l. 19 *eod.;* l. 61 *eod.* Cfr. nota 18.

(23 *a*) Nel qual caso però la parte della detrazione, che li toccherebbe, non può per avventura farsi ricadere sui legati non liberati. Cfr. nota 38.

(24) Questa specie di computo ha luogo *a*) pei legati di cose, che servono all'uso personale della moglie, l. 81 § 2 cfr. con § 1 D. *h. t.*, e *b*) secondo il diritto romano, pei legati disposti da un soldato, se con essi ve ne siano altri, che egli abbia fatto come non soldato, l. 17 § 4 l. 18 D. *de test. mil.* 29. 1, l. 17. 92 D. *h. t.* Secondo Arndts, *Diz. G.*, VI. 321 e Vangerow II § 538 in f., questa specie di computo avrebbe luogo anche pei legati di legittima e per quelli a favore di pie fondazioni, parimenti Dernburg III § 101 nota 35; ma nei passi, sui quali questa affermazione si appoggia (l. 87 § 4 D. *de leg.* II°, l. 36 C. *de inoff.* 3. 28, Nov. 131 c. 12), io non trovo alcuna prova, e

caso di sostituzione pupillare, si sommano, come in caso di sostituzione volgare, i legati imposti all'istituito (pupillo) e quelli imposti al sostituito, cioè anche questi ultimi si hanno come lasciati non sulla eredità del figlio, ma sulla paterna[24a].

4. Per distinguere nel singolo caso se l'erede ha libero il quarto della sua parte ereditaria, deve ridursi a danaro il valore tanto della quota ereditaria, quanto dei legati. Al valore d'affezione non si ha in ciò alcun riguardo[25]. I crediti ereditari non si computano per il loro importo nominale, ma per quell'importo, che può essere riscosso dal debitore[26]. I crediti ereditari a termine, e i debiti ereditari

---

non apparisce perchè nel dubbio debba aver luogo questa specie di computo più sfavorevole all'erede. (Che sia più svantaggiosa all'erede, lo mostrano i seguenti esempi. Se la quota ereditaria ammonta a 400, i legati liberati da deduzione a 120, i non liberati a 240, l'erede secondo questo computo detrae da questi ultimi 30, secondo il computo opposto, 40. Se viceversa di fronte ad una quota ereditaria di 400, i legati liberati importino 240, i non liberati 120, l'erede secondo questo computo non detrae da questi ultimi nulla, secondo il computo opposto, 20). Se del resto i legati liberati ed i non liberati insieme presi sorpassano l'importo della QUOTA EREDITARIA, anche in questa specie di computo i legati liberati sono addizionati, nella riduzione dei legati, all'importo della quota ereditaria. Se di fronte ad una quota ereditaria di 400 i legati liberati importano 400, i non liberati 100, non grava per avventura su quelli la somma di 400, su questi ultimi nulla affatto, ma su quelli 320, su questi 80. L. 17 D. *h. t.*

(24 *a*) L. 79 D. *h. t.* « *In duplicibus testamentis sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater cum moreretur habuerit, nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel adquisierit aliquid vel deminuerit: sive de legatis quaeramus, tam ea quae in primis quam ea quae in secundis tabulis relicta sunt in unum contribuuntur tamquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia condicione legasset* ». L. 11 § 5 D. *h. t.* (ove le parole « *quadrante nimirum* » dietro a « *de suo* » sono un glossema), l. 1 § 12 l. 31 *eod.*, l. 1 § 1 D. *si cui plus* 35. 3. Cfr. 559 Num. 8. Vangerow § 535 osserv. nota VI. 1 e quelli ivi citati, Amann, *Il computo della Falcidia* ecc. (§ 653 nota *) p. 80 sg.

(25) L. 42 l. 62 § 1 l. 63 pr. D. *h. t.*

(26) L. 63 § 1 D. *h. t.* « *Cuius debitor solvendo non est, tantum habet in bonis, quantum exigere potest* ». Ma quanto l'onerato stesso deve, si computa in ogni caso plenariamente; poichè anche di costui è vero quello che la l. 82 cit. dice del debitore, al quale è legato il suo debito: « *ipse sibi... dives est* ». Sul caso

a termine si portano in conto con deduzione dell'interesse del frattempo[27]. I crediti ereditari condizionali e i debiti ereditari condizionali o si portano in conto per il loro valore attuale di vendita, oppure, a seconda della maggiore o minore verosimiglianza dell'adempimento della condizione, si computano pienamente o niente affatto, nei due ultimi casi con prestazione di sicurtà per la restituzione o per il pagamento successivo[28]; se la condizione si verifica, va egualmente scontato l'interesse del frattempo[29]. I legati condizionali restano intanto fuori del conto, contro prestazione di sicurtà da parte degli altri legatari per la posteriore restituzione[30], tenendo egualmente conto dell'interesse del frattempo[31]. I legati sottoposti a termine, tenuto conto dell'interesse del frattempo, sono computati subito[32].

---

d'un mutamento nella solvibilità del debitore v. nota 7. 8. — *Naturales obligationes:* l. 1 § 17 D. *h. t.*, cfr. l. 21 pr. l. 56 § 2 D. *h. t.* Obbligazioni correali: l. 62 pr. D. *h. t.*

(27) Arg. l. 73 § 4 D. *h. t.*

(28) L. 73 § 1 D. *h. t.*, l. 1 § 4. 11 D. *si cui plus* 35. 3.

(29) La condizione, non meno che il termine, ha per conseguenza che l'erede nel frattempo goda o meno dell'oggetto del credito. Cfr. pure l. 66 pr. l. 88 § 3 D. *h. t.*

(30) L. 47 § 1 l. 73 § 2 D. *h. t.*

(31) L. 88 § 3 D. *h. t.* Che il conteggio fatto in questo passo non è giusto, lo ho già osservato alla nota 4 del § 274 II. La somma da detrarsi avrebbe dovuto ripartirsi fra i legatari non secondo il rapporto di 4 a 3, ma di 5 a 4. (Riferito il conto al momento del verificarsi della condizione, il legatario condizionale ha 100, quello senza condizione 125. Se il conto si riferisce all'istante della morte dell'ereditando, il legatario senza condizione ha 100, quello condizionale 80).

(32) Se, oltre all'unico legato sottoposto a termine, non ne esiste alcun altro, non vi ha alcun bisogno di conteggio. In questo caso si può aspettare, finchè il termine sia sopraggiunto, ed allora vedere, se l'erede mediante il godimento interinale dell'oggetto legato ha la quarta ed i suoi interessi, o quanto gliene manchi (nota 20). La necessità di un conteggio si appalesa solamente quando, oltre al legato sottoposto a termine, ne esistono ancora altri senza termine, per determinare cioè, se e quanto vada detratto a questi ultimi. Ma che allora si detragga dal legato a termine l'interesse del tempo intermedio, o che si imputi l'interesse intermedio sui legati non soggetti a termine, conduce allo stesso risultato, purchè nell'uno e nell'altro caso si tenga fermo, che l'erede all'epoca,

In caso di legati di diritti vincolati alla durata della vita del titolare[33], la stima del valore è fatta con riguardo alla verosimile durata di vita del titolare[34], fatta riserva però, se le parti non vi hanno rinunziato, di posteriore correzione[35]. In caso di legati di rendite perpetue, l'importo annuo della rendita è capitalizzato al 4 %[36].

---

in cui egli paga il legato a termine, deve avere non solamente la sua quarta, ma anche gli interessi della sua quarta. (Se dato un patrimonio di 400, ad *A* sono legati 200 subito, a *B* 200 dopo 10 anni, l'erede, se paga ad *A* i 200 pienamente, dopo 10 anni, cogli interessi del legato sottoposto a termine, ad un tasso d'interesse del 5 % ha soltanto 100, mentre egli deve avere 100 + 50, ed i 50, che gli mancano, vengono portati in deduzione ad *A* ed a *B* colla prima specie di computo secondo il rapporto di 200 : 133 1/3, colla seconda specie, secondo il rapporto di 300 : 200, cioè nell'uno e nell'altro caso secondo il rapporto di 3 : 2. L'erede paga quindi a *B* 20 di meno, e riceve 30 di ritorno da *A*. Ovvero egli detrae subito ad *A* 20, che coll'interesse intermedio dopo 10 anni formano 30). Ciò che s'è detto vale del resto in egual modo anche per i legati condizionali, la cui condizione posteriormente si verifica, astraendo da ciò, che qui il conteggio è possibile solamente dopo l'avverarsi della condizione. Cfr. l. 45 pr. l. 73 § 4 l. 66 pr. l. 88 § 3 D. *h. t.* (nota 31). Cfr. E. A. Seuffert, Aggiunta al *Trattato* di suo padre § 622 nota 13.

(33) Legato di rendita, legato d'alimenti, legato di servitù personali. V. su questo caso specialmente B. W. Pfeiffer, *Arch. per la prat. civ.* XXVIII p. 295 sg. (1845). Letteratura ulteriore: Konopak, *Contributi alla teoria del computo della quarta Falcidia* [Beiträge zur Lehre von der Berechnung der Falcidischen Quart] p. 16 sg. (1811). Fritz, *Mag. per la GP. e per la legislaz.* IV p. 298 sg. (1825). Rosshirt I p. 552 sg., Arndts, *Diz. G.* VI p. 431 sg. Sintenis III § 215 not. 19. Ultimamente Bähr, *Sentenze del tribunale dell'impero* p. 189 sg. (nelle *Sent. del Trib. dell'imp.* V p. 108).

(34) Per farne il computo nei legati d'alimenti la l. 68 pr. D. *h. t.* (che originariamente trattava non del calcolo della quarta Falcidia, ma di quello della tassa di successione) presenta due regole, una più breve (se il legatario è al di sotto dei 30 anni, si contano 30 anni, se è al di sopra dei 30 anni, si contano tanti anni, quanti ne mancano a 60), ed una più diffusa (1 — 20 : 30, 20 — 25 : 28, 25 — 30 : 25, 30 — 35 : 22, 35 — 40 : 20, 4 — 50 : tanti anni quanti ne mancano a 60 — 1, 50 — 55 : 9, 55 - 60 : 7, 60 + *x* : 5), coll'aggiunta, che ordinariamente si applica la regola più breve. Nella l. 55 D. *h. t.* si dice, che un legato di rendita deve stimarsi tanto, « *quanti venire id legatum potest* ». Se oltre al legato in questione non ne esiste altro, non è neppur qui necessario istituire subito un conto, l. 47 pr. D. *h. t.* V. pure l. 1 § 9 D. *h. t.*

(35) Ciò risulta già dalla scelta, che la l. 68 pr. D. *h. t.* lascia fra le diverse specie di computo. V. inoltre l. 1 § 16 D. *h. t.* « *Si in annos singulos legatum sit Titio, quia multa legata et condicionalia sunt, cautioni locus est, quae in*

5. Ciò che è legato in eccesso, l'erede lo detrae ai singoli legatari proporzionalmente[37], purchè il testatore non abbia diversamente disposto[38].

4. Computo e deduzione della quarta in caso di pluralità di quote ereditarie*.

§ 653.

Per il computo e per la deduzione della quarta nel caso di pluralità di quote ereditarie, il diritto romano conosce le seguenti possibilità.

1. Le più quote ereditarie ed i legati sopra di esse im-

---

edicto proponitur 'quanto amplius accipit reddi'». Però le opinioni qui divergono. V. le citazioni nella nota 33.

(36) L. 3 § 2 D. *h. t.* — Pel legato d'usufrutto ad una persona giuridica (municipio) secondo la l. 68 pr. i. f. D. *h. t.* debbono computarsi 30 anni — contro la regola esposta nella l. 56 D. *de usufr.* 71 e nella l. 8 D. *de usu et usufr.* 33. 2. Cfr. Puchta, *Lezioni*, App. XXIV.

(37) L. 73 § 5 D. *h. t.* Cfr. nota 23*a*.

(38) L. 88 pr. § 1. 2 D. *h. t.*

(*) Rosshirt, *Legati* I p. 531-538 (1835). Stemann, *Temi di Elvers N. S.* I p. 295 sg. (1840). V. D. Pfordten, *Dissertazioni del diritto delle pandette* Nr. 1 (1840). Hoffmann, *Annali di Sell* I p. 331 sg. (1841). Arndts, *Diz. G.* VI p. 316-320 (1845). Huschke, *Riv. pel dir. e per la proc. civ. N. S.* VI p. 370 sg. VII p. 54 sg. 187 sg. (1849. 1850). Herrmann, *ib.* VIII p. 394 sg. (1851). Vangerow, *Arch. per la prat. civ.* XXXVI p. 219 sg. 309 sg. XXXVII p. 327 sg. (1852. 1853). H. Pernice, *Commentationes iuris Romani duae, comm.* I (1855). Baron, *Rapporti giuridici complessivi* p. 467 sg. 490 sg. (1864). Hoffmann, *Arch. per la prat. civ.* XLIX p. 64 sg. (1866). Amann, *Il calcolo della Falcidia nel caso d'unione di più quote ereditarie mediante accrescimento o* potestas, *come pure nel caso di sostituzione volgare e pupillare* [die Berechnung der Falcidia bei Vereinigung mehrerer Erbtheile durch Accrescenz oder Potestas, so wie bei der Vulgar- und Pupillarsubstitution] (1876). Su questo Leist, *Riv. dott. di Gött.* 1876 p. 385 sg. *Dissertazioni inaugurali moderne* di Sigmund (Monaco 1846), Gordan (Bonnae 1856). Inoltre i trattati di Vangerow II § 535, Sintenis III p. 716-718, Brinz 1ª ediz. p. 933-937, 2ª ediz. III p. 349-366, Arndts § 564. 565. Le menzionate esposizioni speciali si riferiscono in parte esclusivamente al caso della sostituzione pupillare, o prendono almeno da esso la loro mossa. Cfr. a questo riguardo anche Pietak, *Arch. per la prat. civ.* LVIII, p. 384 sg.

posti si sommano insieme, e si calcola semplicemente una quarta parte delle quote ereditarie sommate (calcolo complessivo).

2. Di ciascuna quota ereditaria si calcola particolarmente il quarto rispetto ai legati sulla stessa imposti (separazione)[1]. In questo caso

a) o la cosa si esaurisce col risultato del conto (separazione pura e semplice); oppure

b) se l'una quota ereditaria è sopraccaricata, e l'altra offre un sopravanzo, questo sopravanzo si computa a vantaggio dei legati della quota ereditaria sopraccaricata (sussidio o miglioramento dei legati dell'una quota ereditaria per via dell'altra)[2].

---

(1) Il farsi luogo piuttosto a separazione o a calcolo complessivo ha, o può § 653. avere influenza, non solamente sulla misura di quanto i legatari in genere ricevono, ma anche sulla distribuzione di quanto essi ricevono in complesso. Se, avendosi due quote ereditarie di 400 ciascuna, la prima è gravata di 240, la seconda di 400 in legati, nel caso del computo complessivo i legatari ricevono in complesso 600, nel caso della separazione soltanto 540; nel caso del computo complessivo si fa detrazione ai legatari della prima quota ereditaria come a quelli della seconda, ai primi di 15, agli ultimi di 25; nel caso opposto dai legati della prima quota non si sottrae nulla, da quelli della seconda 100. Se i legati imposti sulla prima quota ereditaria ammontano a 400, quelli imposti sulla seconda a 600, i legatari invero, abbia o no luogo il calcolo complessivo, ricevono in tutto sempre 600; ma dei 400, che ad essi vengon detratti in complesso, nel caso di calcolo complessivo i legatari della prima quota ereditaria ne sopportano 160, quelli della seconda 240; invece nel caso della separazione quelli della prima 100, quelli della seconda 300.

(2) Il sussidio conduce allo stesso risultato del calcolo complessivo, se si ha riguardo alla misura di quello che i legatari in genere ricevono, ma esso può condurre ad un risultato diverso relativamente alla distribuzione di quello, che essi ricevono in complesso. Mentre nell'esempio indicato nella nota precedente, nel quale, avendosi due quote ereditarie ognuna di 400, l'una è gravata di 240, l'altra di 400 in legati, nel caso del computo complessivo i legatari della prima quota ereditaria ricevono 225, quelli della seconda 375, nel caso del sussidio i primi legatari ricevono per intiero i loro 240, i secondi 360. In altri termini: nel caso del calcolo complessivo può avvenire, che a favore dei legatari della quota ereditaria sopraccaricata non solamente s'impieghi il sopravanzo della quota ereditaria non sopraccaricata, ma anche che ai legatari aventi assegnamento su questa quota ereditaria si tolga qualche cosa di quanto ad essi spetta.

Queste possibilità vengono ad attuarsi nei diversi casi qui concepiti secondo le regole seguenti.

1. Se per ciascuna delle più quote ereditarie esiste uno speciale erede, cioè, se ognuna delle più quote ereditarie è acquistata da uno speciale erede, ha luogo la separazione pura e semplice[3]; e ciò non muta neppure perchè successivamente un erede acquisti, in aggiunta alla sua, la quota ereditaria acquistata da un altro erede[4].

2. Se un erede è istituito in più quote ereditarie, ha luogo il computo complessivo, anche quando non tutte le più istituzioni d'erede siano incondizionate, o siano tutte condizionate[5].

3. Se un istituito, in aggiunta alla sua quota ereditaria d'istituzione, riceve, mediante sostituzione volgare, la quota ereditaria d'un coistituito (quota ereditaria di sostituzione), si fa luogo al computo complessivo per i legati imposti all'erede come istituito (legati d'istituzione) e per quelli (legati di sostituzione) che gli sono imposti come sostituito (per il caso di sostituzione)[6]. Invece non si fa luogo a

---

(3) L. 77 D. *h. t.*, § 1 I. *h. t.* L. 77 cit. « *In singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam esse non dubitatur. Et ideo si Titio et Seio heredibus institutis semis hereditatis Titio exhaustus est, Seio autem quadrans totorum bonorum relictus sit, competit Titio beneficium legis Falcidiae* ». Non fa neppur differenza, che le più quote ereditarie siano per via di sostituzione subentrate ad una quota ereditaria, sebbene ciò pel caso della sostituzione pupillare non sia incontroverso. Cfr. l. 11 § 6 l. 80 pr. D. *h. t.*, l. 1 § 3 D. *si cui plus* 35. 3 e su questi in parte difficili frammenti Vangerow, *Arch.* p. 337 sg., *Tratt.* p. 469 sg.; Amann p. 91 sg. e gli scrittori da questi citati, Brinz 2ª ediz. p. 354-356.

(4) L. I § 15 D. *h. t.* « *Si coheredem meum post aditam hereditatem adrogavero, non dubitabitur, quin separandae sint portiones, perinde atque si coheredi meo heres exstitissem* ».

(5) L. 11 § 7 l. 87 § 3 D. *h. t.* L. 11 § 7 cit.: — « *aliam causam esse eius, qui ex variis portionibus heres scriberetur: ibi enim legatorum confundi rationem non minus, quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione, quae conficeretur ex pluribus, neque referre, pure saepe an sub diversis condicionibus sit heres institutus* ».

(6) Cioè vengono confrontati colle quote ereditarie riunite. Di div. opinione Amann p. 33. 162 sg., il quale ritiene la separazione con sussidio reciproco. Ma la sostituzione è istituzione sotto condizione, e v. nota 5. V. inoltre l. 41 § 6

computo complessivo per i legati imposti a chi è istituito prima (legati di prima istituzione), che colla quota ereditaria di lui trapassano al sostituito, secondo la presunta volontà del testatore riconosciuta da norma legale[7]; ma se la quota ereditaria di sostituzione offre sopravanzo, questo sopravanzo si conteggia a vantaggio dei legati della quota ereditaria di sostituzione sopraccaricata, non invece anche il sopravanzo della quota ereditaria d'istituzione a vantaggio della quota ereditaria di sostituzione sopraccaricata[8]. Se esistono ad un tempo legati di prima

---

D. *de vulg.* 28. 6. « *Coheres impuberi filio datus eidemque substitutus legata e secundis tabulis relicta perinde praestabit, ac si pure partem et sub condicione partem alteram accepisset* ». Se ciò vale per la sostituzione pupillare, vale tanto più per la sostituzione volgare.

(7) L. 74 D. *de leg.* I°. Cfr. § 639 nota 9 lit. a.

(8) Punto assai contrastato. Altri anche per questi legati adottano il calcolo complessivo, indistintamente o per certi casi (pel caso della morte del primo istituito prima di quella del testatore [così attualmente anche Leist loc. cit., con nuovo ragionamento], o pel caso, in cui la quota d'istituzione è sopraccaricata, e la quota ereditaria di sostituzione non lo è, od in cui quella è più sopraccaricata di questa). Cfr. le indicazioni in Vangerow Nr. III, Amann p. 33 sg. e questi stessi scrittori, Brinz 2ª ediz. III p. 358-360. Anch'io nelle anteriori edizioni di questo trattato [innanzi alla 5ª] mi sono pronunciato pel calcolo complessivo, argomentando così: i legati della prima istituzione si hanno per regola legale come « *repetita a substituto* » (l. 74 D. *de leg.* I°), quindi essi gli sono imposti, e (pel sostituto) non sono tanto legati di prima istituzione quanto legati di sostituzione. Ma in questa argomentazione non si pon mente, che i legati di prima istituzione sono appunto anche « *repetita* », quindi anzitutto e direttamente imposti al primo istituito, e che quindi il sostituito li sopporta come direttamente imposti ad un altro — il contenuto della presunta volontà del testatore è, più precisamente, che la porzione devoluta a titolo di sostituzione debba trapassare COI SUOI ONERI al sostituito. Che questo sia effettivamente il concetto del diritto romano, mi pare che stia ad attestarlo in maniera decisiva una circostanza, sulla quale Amann p. 49. 50 ha richiamata l'attenzione; che cioè all'obbligo del sostituito, di sopportare i legati della porzione devoluta a titolo di sostituzione, è posto come parallelo l'obbligo del coerede, di sopportare i legati della porzione che s'accresce, e l'obbligo del coerede vien desunto da quello del sostituito. L. 61 § 1 D. *de leg.* II°. Ma nella l. 87 § 4 D. *h. t.* si pone come principio, e questo principio è anche altrove svolto (v. l'esposizione seguente nel testo), che, se un coerede sopporta legati « *non suo nomine* », non ha luogo il calcolo complessivo. — Nella precedente spiegazione non si è presa in considerazione alcuna la l. 1 § 13 D. *h. t.*, sebbene

istituzione e di sostituzione, i legati di sostituzione vengono confrontati anzitutto colla quota ereditaria di sostituzione insieme coi legati di prima istituzione, poi ancora una volta insieme coi legati d'istituzione (se ne esistono) colle quote ereditarie riunite[9].

4. Lo stesso trattamento si verifica se un erede istituito

---

questo frammento pronunzi direttamente la massima indicata nel testo. Poichè secondo la mia convinzione, ancora attualmente immutata, questa legge è eliminata dalla addirittura contraddicente l. 87 § 4 D. *h. t.*, la quale ammette il calcolo complessivo. Tutti i tentativi di conciliazione, che si sono fatti, sono, secondo me falliti. Cfr. Vangerow Nr. III, anche Amann p. 35 sg., Brinz 2ª ediz. III § 419 nota 42. Vangerow (colla Glossa e v. d. Pfordten, similmente Amann) ritiene, che la l. 87 § 4 cit. tratti del caso d'espressa imposizione al sostituito dei legati imposti al primo istituito. Ma questo espediente urta in ciò, che la legge parla non solamente della sostituzione volgare, ma anche della sostituzione pupillare, quindi anche a carico del sostituito pupillare dovrebbe aver ritenuta (o, come Amann opina, a dirittura pronunciata) la espressa imposizione dei legati di prima istituzione, al che contraddice direttamente la chiusa della legge. Una particolare opinione (divisa specialmente da v. d. Pfordten e Vangerow), è quella, che anche nella l. 1 § 13 cit. si pronunci il calcolo complessivo pel caso, in cui la porzione a titolo di sostituzione abbia un sopravanzo, mentre vi sarebbe eccesso di aggravio della porzione a titolo d'istituzione. Questa opinione, non senza una qualche parvenza, vien fondata sulle parole: « *is enim similis est ex parte pure ex parte sub condicione heredi instituto* ». *Is* — cioè il sostituito. Ma d'altra parte però la questione, che il giurista vuol risolvere, è manifestamente soltanto, se col sopravanzo dell'una quota ereditaria debbansi sostenere i legati dell'altra: è credibile, che egli abbia voluto pronunciare, che anche i legati della quota ereditaria non sopraccaricata dovrebbero dare un contributo pel soddisfacimento dei legati di quella sopraccaricata? Ma il calcolo complessivo, al quale le menzionate parole accennano, e il sussidio possono condurre allo stesso risultato; e vi conducono in ispecie quando sulla quota ereditaria acquistata in aggiunta non sia imposto alcun legato. (Quanto al testo della l. 1 § 13 cit., non è necessario, riferire lo « *ab eo* » a « *coheredis*, o mutare » « *si omiserit* » in « *qui omiserit* ». La legge presuppone la sostituzione reciproca. In contrario invero Amann p. 38, ma non in modo convincente).

(9) Essi vengono confrontati colla quota di sostituzione, perchè anch'essi, come i legati di prima istituzione, sono imposti su questa quota ereditaria. Essi vengono confrontati colle quote ereditarie riunite giusta la nota 6. Ma le quote ereditarie riunite si conteggiano naturalmente soltanto con deduzione del pagato ai legatari sui legati di prima istituzione. Cfr. Vangerow, *Arch.* p. 383. *Trattato* p. 475, ed in seguito nota 12. Di div. op. Brinz 2ª ediz. III § 419 nota 37.

riceve, mediante sostituzione pupillare, in aggiunta alla sua quota ereditaria, la quota ereditaria del pupillo istituito insieme a lui. Quindi *a*) ha luogo il computo complessivo per i legati impostigli come istituito e per i legati impostigli come sostituito pupillare (per il caso della sostituzione)[10]. *b*) La quota ereditaria pupillare giova, col suo sopravanzo, ai legati della quota ereditaria d'istituzione, non viceversa[11]. *c*) I legati di sostituzione si con-

(10) L. 41 § 6 D. *de vulg.* 28. 6 (nota 6). Anche i legati imposti al sostituito pupillare sono conferiti sulla eredità paterna, non su quella del figlio. V. § 559 Num. 8. § 652 nota 24 *a.*

(11) 1) Pei legati imposti al pupillo non si verifica alcun calcolo complessivo delle quote ereditarie, poichè il sostituito non li sopporta *suo nomine.* L. 87 § 4 D. *h. t.;* — « *non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat, quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli* ». L. 11 § 7 D. *h. t.:* — « *legata, quae ab instituto extero data sunt, permisceri ceteris non oportere: ideoque quartam pupillo datae portionis habere substitutum, quamvis suam portionem habeat ut institutus....* ». Nella l. 11 § 5 si dice, che il sostituito sopporta i legati pupillari « *ut aes alienum quodlibet* ». — 2) Invece il sopravanzo della quota ereditaria pupillare si conta a vantaggio dei legati imposti all'istituito come tale. L. 87 § 5. 8 D. *h. t.* Sicuramente è assai disputabile, se in questi frammenti non sia prescritto il computo complessivo ed effettivamente ciò ritengono molti, così specialmente v. d. Pfordten p. 80 sg., Vangerow, *Arch.* p. 331 sg. *Tratt.* p. 473, Brinz 2ª ediz. III § 419 nota 43. In contrario Amann p. 162 sg. Io stesso in anteriori edizioni di questo trattato ho preso come punto di partenza, che invero non il § 5 della citata l. 87 costringa alla ammissione del calcolo complessivo, ma bensì il § 8, nel quale io con molti leggo: *nec semis* invece di *et semis.* Io attualmente non vorrei più mantener questo, sebbene confessi, che la cosa resta dubbia. Decisiva mi pare anche qui la domanda proposta nella nota 8: è credibile, che il giurista non solamente abbia voluto togliere al sostituito il sopravanzo della porzione pupillare, ma anche ai legatari della porzione pupillare qualche cosa di ciò che ad essi compete, per provvedere ai legatari della porzione devoluta a titolo d'istituzione? Se nel § 5 si dice: « *augeri legata et perinde habendum, ac si cuilibet coheredi substitutus fuisset, eoque omittente hereditatem ex asse heres extitisset* », io ho già precedentemente richiamata l'attenzione su ciò, che per il caso, del quale soltanto la legge parla espressamente, in cui sulla quota ereditaria pupillare non è affatto imposto alcun legato, sussidio e calcolo complessivo conducono allo stesso risultato. Nel § 8 non possono fare difficoltà alcuna le parole: « *ex integro ratio legis Falcidiae ponenda erit* »; poichè anche di fronte al sussidio la deduzione da farsi ai legati della porzione d'istituzione viene calcolata altrimenti da quanto essa sarebbe stata calcolata senza riguardo alla porzione

teggiano tanto rispetto alla quota ereditaria pupillare quanto rispetto alle quote ereditarie riunite[12].

5. Se alcuno riceve diverse quote ereditarie per essere sostituito a più istituiti, anche qui, senza differenza fra sostituzione volgare e pupillare, ha luogo il calcolo complessivo per i legati di sostituzione[13]; non ha luogo il calcolo complessivo, bensì il reciproco sussidio, per i legati di prima istituzione[14]. I legati di sostituzione entrano nel

---

pupillare. (Nel caso della legge i legati d'istituzione erano già pagati). Più gravi sono sicuramente le parole « *contributis legatis* ». Ma non può forse il giurista aver voluto dire: l'erede deve esser contento, se dopo il pagamento dei legati dell'una e dell'altra porzione egli ha la quarta parte del patrimonio (« *pars quarta bonorum apud eum remaneat* »)?

(12) Vale intieramente ciò che s'è detto nella nota 9. Però le opinioni divergono straordinariamente. La maggior parte degli antichi vuol limitare i legati di sostituzione alla quota ereditaria pupillare, così pure Amann p. 162 sg. Secondo un'altra opinione essi dovrebbero viceversa essere limitati alla quota ereditaria, che è a titolo d'istituzione, od almeno nella soluzione della questione, se ed in quanto la quota ereditaria pupillare sia sopraccaricata, dovrebbero rimanere da banda, così fra i moderni, con divergenze nei particolari, Stemann p. 303. 308, Hoffmann, *Ann. di Sell* p. 363 sg. 386 sg. ed *Arch.* loc. cit., Arndts, *Diz. G.* VI p. 319. Una terza opinione nel caso di concorrenza di legati pupillari e di legati di sostituzione fa interamente luogo al calcolo complessivo; così v. d. Pfordten p. 74 sg., Huschke VII p. 215 sg. Della opinione qui sostenuta ha poste le basi Vangerow (*Arch.* XXXVI p. 353 sg. e *Tratt.* Nr. VI. 3. c); a lui tengono dietro Pernice p. 36 seg. e Sintenis III § 215 not. 33. Si potrebbe invero dubitare, se i legati di sostituzione possano imputarsi intieramente alla quota ereditaria pupillare, e non piuttosto, poichè essi investono anche la quota ereditaria di istituzione, solamente per un ammontare corrispondente al rapporto della quota ereditaria pupillare colle quote ereditarie riunite. Ma su questa via si giungerebbe a dovere proporzionalmente imputare alla quota ereditaria pupillare anche i legati d'istituzione, poichè questi in egual maniera investono anche la quota di sostituzione, cioè la quota ereditaria pupillare. E v. pure l. 11 § 7 D. *h. t.*: — « *dixi, quantum ad legata, quae pater a filio, item a substituto, reliquit, nullam fieri posse separationem, cum communi calculo subiciantur et invicem inducant contributionem*; *sed legata, quae ab instituto extero data sunt, permisceri ceteris non oportere...* » (v. nota 11).

(13) Questi legati il sostituito li sopporta come un istituito più volte sotto diverse condizioni, per modo che la l. 11 § 7 i. f. D. *h. t.* (nota 5) qui s'attaglia direttamente. Amann p. 220 sg. neppur qui ammette (cfr. nota 6) il calcolo complessivo, bensì il sussidio reciproco.

(14) Non ha luogo il calcolo complessivo, perchè il sostituito sopporta i legati

computo anche in questo caso, non solo di fronte alle quote ereditarie riunite, ma anche di fronte alla relativa quota ereditaria di sostituzione[15].

6. Se un erede, in aggiunta alla sua quota ereditaria, ne acquista un'altra per accrescimento, non ha luogo il computo complessivo, sì bene il sussidio ai legati della quota

---

di prima istituzione non *suo*, ma *alieno nomine* (nota 8. 11). Ha luogo il sussidio, perchè « *id quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit proficit legatariis* » (l. 1 § 13 D. *h. t.*). Ha luogo il sussidio reciproco, perchè ciascuna quota ereditaria è quota ereditaria di sostituzione (v. la chiusa della nota). Concorda l. 14 § 2 D. *h. t.* « *Duobus impuberibus substitutum utrique heredem existentem in alterius hereditate Falcidia non uti convenit, si de bonis alterius impuberis quartam partem hereditatis patris, quae ad filios pervenerit, retineat* ». Non si può per avventura dalle parole « *quartam partem hereditatis patris* » voler concludere, che qui si ammetta il calcolo complessivo. Queste parole sono una locuzione abbreviata invece della più diffusa: la quarta parte dell'una e dell'altra quota. — Del resto anche qui le opinioni divergono molto, non tanto per la sostituzione volgare, nella quale, a quanto pare, generalmente si ammette il calcolo complessivo, quanto per la sostituzione pupillare. Cfr. Vangerow, *Arch.* XXXVII p. 359 sg. *Trattato* Nr. VI. 4, Amann p. 220 e i citati da questi scrittori, Brinz 2ª ediz. III p. 364-365. Da molti per la sostituzione pupillare si sostiene pure il calcolo complessivo, mentre Vangerow ed Amann ll. citt., similmente Hoffmann p. 357 sg., non vogliono neppure ammettere il sussidio. Quest'ultima opinione la si fonda sulla massima, che dalla porzione di sostituzione possa detrarsi la quarta, sebbene il sostituito abbia sopravanzo da un'altra porzione. Ma in questa generalità l'invocata massima non è esatta: essa è soltanto giusta per il caso, in cui il sostituito ha sopravanzo da un'altra porzione propria. Esplica viceversa una efficacia effettivamente generale la massima, che il sostituito deve, col sopravanzo della sua porzione di sostituzione, provvedere ai legati di un'altra porzione, che a lui si devolve. Si potrebbe a dir vero pensare, che dopo l'avveramento del primo caso di sostituzione la porzione ereditaria così conseguita si debba trattare come porzione a titolo d'istituzione, e quindi possa bensì richiedere sussidio, ma non sia tenuta a concederne. Ma anche questa idea io la ritengo fallace. Poichè appunto la porzione di sostituzione non è porzione d'istituzione, la particolare disciplina della porzione di sostituzione (che essa debba concedere sussidio, ma non possa richiederne) non si fonda su che essa s'aggiunge ad un'altra porzione, ma, come s'è detto, su che essa s'aggiunge ad un'altra porzione propria.

(15) Essi sono appunto direttamente imposti sulla quota di sostituzione, e concorrono quindi coi legati di prima istituzione e diminuiscono l'importo che li concerne. Questo però non è qui meno controverso, che nel caso, in cui una porzione di sostituzione accede ad una porzione d'istituzione. Cfr. nota 12 e Vangerow ll. citt.

ereditaria propria per parte dell'eccedenza della quota d'accrescimento, non viceversa [16].

7. Nella stessa maniera, se un padre succede insieme ad un figlio posto nella sua potestà, torna a vantaggio [17] dei legatari del padre l'usufrutto che, in forza della patria potestà, il padre acquista sulla quota ereditaria del figlio.

II. Dei singoli legati in particolare.

A. *Legato di cose individualmente designate* [*].

§ 654.

1. Se la cosa legata è in proprietà del disponente, il legatario, per il fatto che l'eredità venga adita, diventa subito proprietario della cosa stessa (§ 646). Che il testatore erroneamente abbia ascritta la proprietà ad un altro, non reca alcun pregiudizio alla validità od efficacia del legato [1]. — Il legatario riceve la cosa legata così, come essa è all'epoca della morte del testatore; i mutamenti che accadono in essa dopo fatto il legato, aumentano e

---

(16) L. 78 D. *h. t.* « *Quodsi alterutro eorum deficiente alter heres solus exstiterit, utrum perinde ratio legis Falcidiae habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset, an singularum portionum separatim causae spectandae sunt? Et placet, si eius pars legatis exhausta sit, qui heres exstiterit, adiuvari legatarios per deficientem partem...; si vero defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret* ». Cfr. Vangerow, *Tratt.* loc. cit. Nr. V, Arndts § 564 nota 2, Amann p. 1 sg. Nessuna contraddizione, quanto al risultato pratico, può nascere dalla l. 1 § 14 D. *h. t.*, poichè questo stesso testo non dà alcuna importanza al rescritto imperiale da essa menzionato. Del resto non è inverosimile, che questo passo originariamente si riferisse non già all'accrescimento, ma alla *caducorum vindicatio*. Cfr. v. d. Pfordten p. 10 sg. Huschke VII p. 200 sg., Amann p. 15 sg. (Questo scrittore cerca p. 10 sg. di provare lo stesso anche per la l. 78 cit.).

(17) L. 21 § 1 l. 25 D. *h. t.* Amann p. 22 sg.

(*) Rosshirt II p. 133 sg., Arndts, *Diz. G.* VI p. 324 sg. *Cont. del Glück* XLVI p. 120 sg., Unger § 67.

§ 654. (1) § 11 I. *de legat.* 2. 20. V. I § 172 nota 9. Arndts, *Cont. del Glück* p. 152 sg.

diminuiscono il diritto del legatario[2], a meno che per il mutamento sia distrutta l'identità della cosa[3]. Però nell'uno e nell'altro rapporto si deve, nel singolo caso, avere riguardo all'intenzione riconoscibile del disponente[4]. — Se il fondo legato è gravato da servitù prediali, il legatario è tenuto a riceverle con esse[5]; sul caso, in cui la cosa gravata è onerata di diritti reali d'altra specie, v. il seguente numero. Del pari vanno a carico del legatario gli oneri di obbligazione che incombono sulla cosa[6].

2. Se la cosa legata è in proprietà d'un terzo, bisogna distinguere, se il disponente ne avesse o no conoscenza. Se il disponente non lo sapeva, il legatario può richiedere la cosa soltanto come essa è; cioè, può richiedere la consegna del possesso, se l'onerato è al possesso, ma non ha nè una ragione per causa d'evizione, nè in genere alcuna ragione,

---

(2) L. 16 D. *de leg.* III°, l. 24 § 2 D. *de leg.* I°; l. 8 pr. l. 24 § 2 D. *de leg.* I°, l. 10 D. *de leg.* II°; § 19 I. *de legat.* 2. 20; l. 44 § 4 D. *de leg.* I°, l. 39 D. *de leg.* II°, l. 79 § 2 D. *de leg.* III° (cfr. nota 4, Arndts p. 122 nota 43, Unger § 67 nota 7); l. 19 pr. D. *de instr.* 33. 7. L. 8 pr. l. 24 § 3 D. *de leg.* I°, l. 22 D. *eod.* L. 24 § 4 D. *de leg.* I°, l. 65 § 2 D. *eod.*

(3) L. 6 § 1 D. *de auro* 34. 2: — « *nam qui fieri potest, ut legatum vel fideicommissum durare existimetur, cum id, quod testamento dabatur, in sua specie non permanserit, immo quodammodo extinctum sit* ». L. 65 § 2 D. *de leg.* I°. « *Si domus fuerit legata, licet particulatim ita refecta sit, ut nihil ex pristina materia supersit, tamen dicemus utile manere legatum. At si ea domu destructa aliam eodem loco testator aedificaverit, dicemus interire legatum, nisi aliud testatorem sensisse fuerit adprobatum* ». L. 24 § 4 D. *de leg.* I°, l. 88 § 2 D. *de leg.* III°, l. 88 pr. § 1. 3 *eod.*, l. 44 § 2. 3 D. *de leg.* I°, l. 49 pr. D. *de leg.* II°. Cfr. 1) I § 187 nota 2. 5; 2) III § 639 nota 4. § 640 nota 5.

(4) L. 44 § 4 D. *de leg.* I°. — « *Si areae legatae domus imposita sit, debebitur legatario, nisi testator mutavit voluntatem* ». L. 44 § 2. 3 *eod.* L. 65 § 2 D. *de leg.* I° (nota 3): — « *nisi aliud testatorem sensisse fuerit adprobatum* ». Con ciò si spiegano le opposte decisioni nella l. 44 § 2 D. *de leg.* I° l. 88 pr. D. *de leg.* III°. Anche la l. 79 § 2 D. *de leg.* III° (nota 2) andrà riferita a questo punto. Cfr. in genere Sintenis III § 212 not. 12, Unger § 67 nota 6. 7.

(5) L. 69 § 3 D. *de leg.* I°, l. 70 § 1 l. 116 § 4 *eod.*, l. 66 § 6 D. *de leg.* II°, l. 18 D. *de serv.* 8. 1.

(6) Le azioni nossali, l. 70 pr. D. *de leg.* I°, l. 45 § 2 in relazione al § 1 D. *eod.* I tributi, cioè quelli che scadono per il futuro; gli arretrati gli si debbono rifondere dall'onerato. L. 39 § 5 D. *de leg.* I°. Cfr. I § 220 nota 6.

se l'onerato non è al possesso[7]. Se invece il testatore sapeva che la cosa legata era in proprietà d'un terzo, l'onerato è obbligato a procacciarla al legatario acquistandola dal terzo[8], o se l'acquisto non gli è possibile, o lo è soltanto ad un prezzo eccessivo, è tenuto a rifonderne il valore in danaro[9]. Qualora sia controverso, se il disponente conosceva che la proprietà era d'altri, chi deve fornire la prova è il legatario, non l'onerato[10]. Però l'una e l'altra delle regole stabilite sono soltanto regole interpretative; e quindi, nel singolo caso, l'onerato può benissimo, anche nell'ipotesi di errore del disponente, essere tenuto a procacciare la cosa[11], come viceversa può non esserlo nel-

---

(7) § 4 I. *de leg.* 2. 20, l. 67 § 8 D. *de leg.* II° (nota 17), l. 77 § 8 *eod.* Qui, in contrapposto alla volontà effettiva del disponente, si dà valore alla sua volontà propria, — « *forsitan enim, si scisset alienam, non legasset* » (§ 4 I. cit.). Ciò si può anche esprimere così: il legato è inefficace a causa di mancata presupposizione; od anche così: esso è invalido (impugnabile) a causa di errore. Cfr. § 636 nota 2, § 633 nota 22, ed Unger § 67 nota 11, Arndts p. 182. Seuff., *Arch.* XVII. 72. [Metz, *Responsabilità per evizione nella donazione e nel legato* (Haftung für Eviction bei Schenkung und Vermaechtniss), dissertazione di Erlangen, 1895, p. 40 sg.]

(8) § 4 I. *de leg.* 2. 20, § 1 I. *de sing. reb.* 2. 24, l. 39 § 7 *de leg.* I°, l. 10 C. *de leg.* 6. 37. In questo caso l'onerato risponde anche per l'evizione. L'opposta opinione, che ultimamente è stata di nuovo sostenuta da Bachofen, *Diritto di pegno* I p. 129 sg., manca di fondamento; v. contro la stessa Neuner, *Heredis institutio ex re certa* p. 257 not. 27, Bekker, *Ann. del d. com.* VI p. 253 sg., Arndts p. 165 sg. Se veramente la l. 71 § 1 D. *de leg.* I° si debba riferire ad un caso diverso, da quello d'un *genus legatum*, resta dubbio per me, come per Bekker. — Sul c. 5 X. *de testam.* 3. 26 v. Arndts p. 158 sg.

(9) § 4 I. *de leg.* 2. 20, l. 71 § 3 D. *de leg.* I°, l. 14 § 2 l. 30 § 6 D. *de leg.* III°. Cfr. § 634 nota 6, § 647 nota 5.

(10) § 4 I. *de leg.* 2. 20, l. 21 D. *de probat.* 22. 3.

(11) L. 10 C. *de leg.* 6. 37: — « *quodsi suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximae personae, vel uxori vel alii tali personae, datum sit, cui legaturus esset, etsi scisset, rem alienam esse* ». La « *proxima persona* » è da intendere soltanto in via d'esempio. V. d'altra parte l. 77 § 8 D. *de leg.* II°, nella quale un legato di una cosa altrui fatto ad un figlio non viene tenuto fermo: ma poi ancora l. 74 [72] D. *ad SC. Treb.* 36. 1. Tutto dipende proprio dalla interpretazione della volontà nel singolo caso. Arndts p. 156 sg., Brinz 2ª ediz. III § 415 nota 4. Cfr. pure l. 39 pr. D. *de fideic. lib.* 40. 5.

l'ipotesi che non vi sia errore[12]. — Se la cosa legata, dopo fatto il legato, cessa di essere in proprietà del disponente, quando ciò avvenga per alienazione, nel dubbio si contiene in questa una revoca del legato[13]; se invece la perdita della proprietà si verifica contro la volontà del disponente, nel dubbio non deve ritenersi che egli non abbia voluto la persistenza del legato[14]. Se viceversa la cosa che era altrui al tempo del fatto legato viene successivamente nella proprietà del disponente, il legato ha lo stesso effetto, come se la cosa fin da principio fosse stata propria di lui[15]. —

---

(12) Così è una interpretazione straordinariamente ovvia, che se il disponente ha un credito tendente alla cosa legata, egli abbia voluto soltanto cedere il diritto di credito, l. 39 § 3 D. *de leg.* I°, cfr. l. 76 *eod.* Nello stesso senso decide la l. 71 § 6 D. *de leg.* I°, che se alcuno lega un fondo, su cui ha il diritto di superficie, debba ritenersi, che abbia voluto legare soltanto questo diritto di superficie. Se inoltre alcuno lega una cosa, sulla quale un altro ha la comproprietà, nasce la questione, se egli non abbia voluta legare la cosa solamente in quanto è sua. L. 5 § 2 D. *de leg.* I°. « *Cum fundus communis legatus sit non adiecta portione, sed ' meum ' nominaverit, portionem deberi constat* ». Cfr. l. 24 D. *de instr.* 33. 7; l. 30 § 4 l. 68 pr. D. *de leg.* III°. Arndts p. 183 sg. Seuff., *Arch.* V. 40, [LII. 168.]

(13) L. 15. 18. 24 § 1 l. 25 D. *de adim.* 34. 4, l. 11 § 12 D. *de leg.* III°, § 12 I. *de leg.* 2. 20. La prova che nell'alienazione non sia insita la revoca deve bensì darla l'onorato, ma l'onerato deve, in via di controprova, eliminare la forza probante delle circostanze, che stanno a favore dell'onorato, l. 11 § 12 cit.: « *necessitate urgente* ». Cfr. Unger § 67 nota 4. Seuff., *Arch.* XL. 217 (Trib. dell'Imp., alquanto divergente), XLI. 29. — Il riacquisto della cosa non implica nel dubbio una revoca della revoca. L. 15 l. 27 pr. D. *de adim.* 34. 4. Sulla l. 27 § 1 *eod.* cfr. la l. 26 *eod.* (Fein, *Cont. del Glück.* XLIV p. 247 sg.), sulla l. 79 § 3 D. *de leg.* III°, Arndts § 569 not. 4.

(14) Perchè neppure nell'alienazione è insita necessariamente una revoca del legato. V. nota 13.

(15) Arndts p. 121. *Diz. G.* VI p. 328. Non si potrebbe dire che pel caso, in cui il disponente abbia ritenuta la cosa per sua, osti la *regula Catoniana.* Il rapporto non è lo stesso, come se il disponente avesse legata una cosa propria del legatario (nota 21). In quest'ultimo caso il legato non è valido, perchè la sua esecuzione è oggettivamente impossibile; nel nostro caso, se esso è, in genere, invalido e non solamente inefficace (I § 97 nota 5), è invalido, in quanto di fronte all'effettiva volontà del disponente si dà vigore alla sua volontà propria (I § 97), e la volontà propria del disponente mira a che la cosa si presti in quella condizione, nella quale essa si trova al tempo della morte di lui. Cfr. l. 10 D. *de leg.* II° (nota 2) e § 638 nota 14. Arndts, *Diz. G.* VI p. 309 nota 253.

Come il legato d'una cosa altrui viene trattato anche il legato d'una cosa, sulla quale grava un diritto di pegno, un'enfiteusi o superficie, od un usufrutto a favore di terzi; cioè, il legatario riceve la cosa come essa è, se il disponente non conosceva il diritto costituente l'onere, mentre invece nel caso opposto può esigere che la cosa gli sia consegnata libera da quel diritto[16].

3. Se la cosa legata è in proprietà dell'onerato, il legatario può esigerla anche quando il disponente l'abbia ritenuta sua[17]. Del pari l'onerato, se ha un diritto di pegno, una enfiteusi, una superficie od un usufrutto sulla cosa legata, deve prestarla libera da questi diritti, anche quando il disponente non li abbia conosciuti[18]. Per il caso in cui il testatore abbia conosciuta la proprietà dell'onerato, sorge del resto anche qui la questione d'interpretazione indicata alla nota 12[19].

---

(16) § 5 I. *de leg.* 2. 20, l. 57 D. *de leg.* I°, l. 6 C. *de fideic.* 6. 42; l. 66 § 6 D. *de leg.* II°. Secondo la lettera di quest'ultima legge (nota 23) l'erede è incondizionatamente obbligato alla liberazione della cosa legata da un usufrutto che la gravi; ma che nel suo spirito si debba inoltre aggiungere la limitazione al caso di scienza del disponente è cosa che deve tanto più ritenersi, in quanto essa accoppia coll'usufrutto il diritto di pegno. Cfr. Arndts p. 130 sg., Dernburg, *D. di pegno* I p. 129 sg.; di div. op. Bachofen, *D. di pegno* I, p. 126, Brinz 2ª ediz. III § 415 nota 32. Sulla cit. l. 57 D. *de leg.* I° v. Mühlenbruch, *Arch. per la prat. civ.* XV p. 393 sg., Arndts p. 136 sg. 521 sg., Mommsen nella sua edizione delle *Pandette*, E. A. Seuffert nel Volume pel giubileo del Planck p. 177 sg. anche I § 233*a* nota 1 Num. 2. Seuff., *Arch.* XXXVI. 206. Contro l'estensione di ciò che le fonti dispongono per l'usufrutto e per il pegno all'enfiteusi e alla superficie Brinz III p. 321 e Dernburg III § 109 nota 10. Quest'ultimo non vuol darvi valore « oggidì » neppure per le ipoteche.

(17) L. 67 § 8 D. *de leg.* II° « *Si rem tuam, quam existimabam meam, te herede instituto, Titio legem, non est Neratii Prisci sententiae nec constitutioni locus, qua cavetur non cogendum praestare legatum heredem. Nam succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit; sunt enim magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates. Quod in hac specie non evenit, cum dominium rei sit apud heredem* ». Cfr. pure l. 59 D. *de evict.* 21. 2. Arndts p. 193 sg. Seuff., *Arch.* V. 39.

(18) L. 26 D. *de leg.* II°, l. 76 § 1 *eod.* Arndts p. 127 sg.

(19) In egual maniera, se il disponente sapeva che all'onerato competesse uno

4. Se la cosa legata è in proprietà del legatario, il legato è invalido[20], e non diventa valido neppure per ciò che il legatario posteriormente alieni la cosa, a meno che il legato sia condizionale[21]. Ma se la cosa legata è gravata d'un diritto di pegno, d'una enfiteusi, d'una superficie o d'un usufrutto, il legato sussiste in tanto in quanto l'onerato è obbligato a liberare la cosa da questi diritti[22], ma, se essi non competono al disponente od all'onerato, occorre che il disponente li conoscesse[23]. Collo stesso criterio

---

degli indicati diritti sulla cosa legata od un diritto di credito alla stessa, si può domandare se la volontà del disponente stesso non fosse rivolta a far sì che il legatario dovesse ricevere soltanto questo diritto.

(20) Per l'impossibilità dell'adempimento (§ 634 nota 5). L. 13 C. *de leg.* 6. 37, § 10 I. *de leg.* 2. 20, l. 82 § 2 i. f. D. *de leg.* II°, l. 37 pr. D. *de leg.* III°.

(21) In conformità alla regola Catoniana (§ 638), § 10 I. *de leg.* 2. 20, l. 41 § 2 D. *de leg.* I°, l. 98 D. *de cond.* 35. 1. Sulla l. 1 § 2 D. *de reg. Cat.* 34. 7 (nella quale le parole « *si eum vivo testatore alienaveris* » indicano la condizione opposta al legato) cfr. § 638 nota 14; v. pure l. 18 D. *de leg.* II°. Arndts p. 224-229.

(22) Il legatario può richiederla in quanto essa non è sua. L. 71 § 5 D. *de leg.* I° « *Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat petique possit, videamus. Et Julianus l. XXXVIII Dig. scribit quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen quia aliquod ius in eo is qui legavit habet, valere legatum* ». L. 86 pr. D. *de leg.* I° « *Si tibi homo, quem pignori dederas, legatus ab alio fuerit, actionem ex testamento habebis adversus heredem, ut pignus luatur* ». Cfr. pure l. 43 § 3 *eod.* Sulla l. 66 § 6 D. *de leg.* II° v. la nota seguente. — Agli indicati diritti non possono equipararsi le servitù prediali. Poichè, secondo l'idea che qui è regolatrice, la cosa onerata da una servitù non apparisce come parzialmente altrui, v. nota 5.

(23) Secondo quanto s'è detto ai Num. 2 e 3. Ove gli indicati diritti competano ad un estraneo, non è da ritenere che, se il disponente non li conosceva, abbia voluto imporre all'onerato l'obbligo di riscattarli. Col riferirla al caso dell'ignoranza del disponente Vangerow § 525 osserv. 2 N. 3 vuole eliminare anche la contraddizione della l. 66 § 6 D. *de leg.* II°. « *Fundo legato si ususfructus alienus sit, nihilominus petendus est ab herede...*; *enimvero fundo relicto* (astraendo dal fondo stesso) *ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur, agetur, verbi gratia si fundus pignori datus vel aliena possessio sit... Sin autem res mea mihi legetur, legatum propter istas causas non valebit* ». Ma, secondo quanto è detto nella nota 16, questo passo deve viceversa essere riferito ad un disponente informato. Altri tentativi di conciliazione in Vangerow loc. cit., Arndts p. 235 sg., ultimamente Serafini, *Arch. giurid.*, XVIII p. 5 sg. Io riconosco coll'opinione dominante (Bachofen, *D. di pegno* I p. 134 sg., Mommsen, *Contributi* I p. 156 sg. nota 4, Dernburg, *Dir. di pegno,* I

il legato sussiste anche quando il legatario è bensì proprietario, ma la sua proprietà è soggetta ad impugnativa o a devoluzione; l'onerato deve allora garantirlo contro la perdita della sua proprietà[24]. Qualora incomba un credito sulla cosa legata, se il disponente lo sapeva, è da ritenere che egli volesse che il legatario ne fosse liberato[25]. — Se il legatario acquista la proprietà della cosa legata dopo fatto il legato, egli, in base al legato, può esigere il rifacimento di quanto gli è costato l'acquisto[26].

5. I principii ora stabiliti vigono anche ove siasi legata una universalità di cose. In particolare, anche qui nel dubbio si deve ritenere che il disponente abbia voluto che il legatario debba ricevere l'oggetto legato come si trova al tempo della morte di esso disponente[27].

---

p. 135 sg.) la contraddizione; a Papiniano ripugna che debba sussistere il legato per un accessorio (« *ob reliquas praestationes* »), mentre esso non sussiste nel principale. Che per l'applicazione sia da preferire l'opposta più libera decisione, non mi par dubbio, ed in ciò concorda nel risultato anche l'opinione dominante. Cfr. oltre ai menzionati, ancora Rosshirt II p. 161 sg., Arndts, *Diz. G.* VI p. 329 sg.; di div. op. Sintenis § 217 not. 16, Brinz 1ª ediz. p. 874, 2ª ediz. III § 414 nota 9.

(24) L. 82 § 1 D. *de leg.* I°. « *Si ex bonis eius, qui reipublicae causa aberat, rem usu adquisierim et ea, antequam evinceretur, mihi legata sit, deinde postea evincatur, recte ex testamento petam, eam mihi dari oportere* ».

(25) L. 39 § 2 D. *de leg.* I°. Se il disponente non conosceva il credito, il legatario non può esigere la liberazione neppure quando il credito competeva al disponente stesso. Poichè il fatto che sopra una cosa gravi un credito ne fa così poco una cosa parzialmente altrui, come quello che vi gravi una servitù prediale. L. 45 § 1. 2 l. 70 pr. § 1 D. *de leg.* I°. Di div. op. Arndts p. 231 sg. (*Diz. G.* p. 329).

(26) V. § 639 nota 5.

(27) § 18 I. *de leg.* 2. 20. « *Si grex legatus fuerit posteaque ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves, quae post testamentum factum gregi adiciuntur, legato cedere Julianus ait: esse enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus...* ». L. 21. 22 D. *de leg.* I°, l. 28 D. *quando dies* 36. 2, cfr. l. 10 § 8 l. 11 l. 31 D. *quib. mod. ususfr.* 7. 4; l. 91 § 2 D. *de leg.* III°; l. 7 pr. D. *de auro* 34. 2.

B. *Legato di cose genericamente designate.*

§ 655.

1. Legato di cose d'una certa specie esistenti nell'asse ereditario. Questo caso si connette direttamente a quello del legato d'una universalità di cose (§ 654 num. 5); la differenza è soltanto, che in questo caso le cose legate non costituiscono unità concettuale. La proprietà trapassa anche in questo caso direttamente al legatario[1]. Quali cose appartengano alla indicata specie è questione d'interpretazione; le regole che a questo riguardo si presentano nelle fonti possono oggidì applicarsi solamente in quanto la lingua tedesca possieda espressioni perfettamente corrispondenti a quelle latine[2]. Se il legato non si riferisce a tutte le cose della specie indicata, ma ad un limitato numero delle stesse, la scelta compete al legatario[3], in modo però che egli non può scegliere l'ottima[4].

---

(1) Secondo la regola del § 646. § 655.

(2) Dig. 33. 6 *de tritico vino vel oleo legato.* 33. 7 *de instructo vel instrumento legato.* 33. 9 *de penu legata.* 33. 10 *de suppellectile legata.* 34. 2 *de auro argento mundo ornamentis unguentis veste vel vestimentis et statuis legatis.* L. 79 § 1 D. *de leg.* III° (« *mobilia* »); l. 65 § 4 — l. 66 l. 81 § 2-5 *eod.* (Legato di animali); l. 81 § 1 *eod.* (« *mulieres* »). Legato del danaro esistente o del danaro esistente in una determinata cassa: l. 30 § 6 l. 34 § 4 l. 51 l. 108 § 10 D. *de leg.* I°, l. 1 § 7 D. *de dote prael.* 33. 4. Cfr. Rosshirt II p. 47-81. 113-119, Arndts p. 206 sg. Seuff., *Arch.* II. 360 (« patrimonio mobiliare »).

(3) Appunto perchè gli è data la proprietà. § 22 I. *de leg.* 2. 20. « *Si generaliter servus vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit* ». L. 108 § 2 D. *de leg.* I°, l. 71 pr. *eod.*, l. 2 § 1 l. 12 D. *de op. leg.* 33. 5, cfr. l. 20 l. 34 § 14 D. *de leg.* I° l. 19. 23 D. *de leg.* II°. Diversamente era nel diritto classico nel caso del legato *per damnationem* e del fedecommesso, secondo la regola vigente per le obbligazioni (II § 255 nota 19. § 254 nota 2). Ulp. XXIV, 14, arg. l. 109 § 1 D. *de leg.* I°; cfr. l. 32 § 1 l. 47 § 3 D. *de leg.* I°, l. 43 § 3 D. *de leg.* II°, l. 29 § 1 D. *de leg.* III°. Anche pel diritto odierno resta riservata la interpretazione di volontà. Arndts, *Diz. G.*, VI p. 342. *Tratt.* § 579 not. 2, Vangerow II § 549 osserv. 1, Brinz 1ª ediz. p. 894 sg. 2ª ediz. III p. 319. Seuff., *Arch.* XVII. 73. Ascoli, *Bullett. dell'Istituto di dir. rom.* I p. 83 (Schneider, *Riv. crit. trim.* XXXII p. 258).

2. Legato di cose genericamente designate, senza limitazione alle cose di questa specie che si trovano nell'asse ereditario[5]. Il caso principale è quello del legato d'una somma di danaro[6]. A questo si connette il caso del legato d'altre cose fungibili. Se sono in questa maniera legate cose non fungibili[7], nasce la questione, se il legato non sia invalido per difetto di determinatezza[8]. Tale questione si impone ancora più quando sono state legate bensì cose

---

(4) L. 37 pr. D. *de leg.* I°. Similmente l'onerato, se gli è data la scelta, non può scegliere la peggiore, l. 110 D. *de leg.* I° Seuff., *Arch.* XVII. 73.

(5) Senza limitazione; la limitazione non è insita in ogni designazione. L. 96 pr. D. *de leg.* I°. « *Quidam testamento vel codicillis ita legavit 'aureos quadringentos Pamphilae dari volo ita ut infra scriptum est: ab Julio actore aureos tot et in castris quos habeo, tot et in numerato quos habeo tot'. Post multos annos eadem voluntate manente decessit, cum omnes summae in alios usus translatae essent; quaero, an debeatur fideicommissum. Respondi: verosimilius est patremfamilias demonstrare potius heredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quam condicionem fideicommisso iniecisse, quod initio pure datum esset, et ideo quadringenti Pamphilae debebuntur* ». V. d'altra parte l. 108 § 10 D. *de leg.* I°, l. 1 § 7 D. *de dote prael.* 33. 4, l. 8 § 2 D. *de leg.* II°. Windscheid, *Presupposizione* p. 135. O. Müller, *De falsa demonstratione Comm.* I p. 14 sqq. (Programma accad. 1861).

(6) Legato d'una somma di danaro in carte-valori: Arndts p. 220 sg. Seuff., *Arch.* III. 351, XIX. 172; XI. 62, XVII. 73. Ripetizione del legato d'una somma di danaro: l. 34 § 3. 4 D. *de leg.* I°, l. 12 D. *de prob.* 22. 3, cfr. l. 34 § 5. 6 D. *de leg.* I°. Arndts p. 212 sg.

(7) C. d. *legatum generis.*

(8) È anzitutto da por mente, se il legato non possa applicarsi alle cose di questa specie esistenti nell'asse ereditario, se ciò non è ammissibile, « *magis derisorium est quam utile legatum* ». Così decide la l. 71 pr. D. *de leg.* I° pel caso, in cui è stata legata una casa (*domus*); v. inoltre l. 69 § 4 D. *de I. D.* 23. 3 (« *fundus* »). Ma non si può dire che il *legatum generis* sia invalido in tutti i casi. « Se p. es. ad un ufficiale venne legato un cavallo da sella buono pel servizio, ad un vetturino un paio di buoni cavalli da tiro, ad un contadino un paio di buoni bovi da tiro o di vacche da latte, un aratro nuovo od un carro da derrate ed altre cose simili, chi vorrebbe svincolare l'erede da ogni obbligazione? ed in base a qual motivo ragionevole? E così, se ad alcuno fosse legata una conveniente casa d'abitazione in una determinata parte della città, come è conforme alla sua condizione e al suo bisogno, difficilmente e con ragione, si potrà decidere il giudice a trattare questo legato come inefficace ». Arndts, *Diz. G.* VI p. 334. V. pure § 633 nota 15 *b*. Cfr. pure Vangerow § 549 osserv. in pr. Brinz 1ª ediz. p. 872 sg.

fungibili, ma senza indicazione della quantità; in questo caso si potrà decidere per la validità solamente nel concorso di circostanze affatto particolari[9]. In tutti i casi, in quanto pur essendo valido il legato resta ancora una qualche indeterminatezza, questa torna a vantaggio dell'onerato; è a lui, non al legatario, che spetta la decisione[10].

C. *Legato di diritti reali limitanti la proprietà.*

§ 656.

1. Costituzione d'un tale diritto mediante legato[1]. Il disponente può legarlo sulla cosa sua; allora il legatario

---

(9) Anche qui però bisogna por mente se il legato non possa riferirsi alle cose di questa specie esistenti nell'eredità. L. 7 pr. D. *de tritico* 33. 6. « *Quidam heredem damnaverat dare uxori suae vinum oleum frumentum acetum mella salsamenta. Trebatius aiebat, ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres mulieri dare voluisset... Ofilius Cascellius Tubero omne, quantum paterfamilias reliquisset, legatum putant. Labeo id probat, idque verum est* ». Questa interpretazione, data la mancanza d'articoli nella lingua latina, era più facile pei Romani che per noi; ma che essa per noi sia impossibile, è affermar troppo. Unger § 70 not. 1, Arndts p. 205 sg. Dernburg III § 110 nota 16. Di div. op. Vangerow § 550 Nr. 3, Brinz 1ª ediz. p. 898. 2ª ediz. III p. 317.

(10) Perchè il legatario qui ha soltanto un diritto di credito. L. 3 pr. l. 4 D. *de tritico* 33. 6, l. 75 (cfr. l. 50 § 3) D. *de leg.* III°. L. 3 pr. cit. « *Si cui vinum sit legatum centum amphorarum, cum nullum vinum reliquisset, vinum heredem emturum et praestaturum, non acetum, quod vini numero fuit* ». Seuff., *Arch.*, IX. 320.

(1) Dig. 33. 2 *de usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum fideicommissum datis.* Dig. 33. 3 *de servitute legata.* § 4 I. *de serv.* 2. 3, § 1 I. *de usufr.* 2. 4. Enfiteusi e superficie: I § 221 nota 4. § 223 nota 12. Diritto di pegno: l. 1 C. *comm. de leg.* 6. 43 (— « *cum... hoc iure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare* »), l. 26 D. *de pign. act.* 13. 7, l. 9 D. *de ann.* 33. 1, l. 12 D. *de alim.* 34. 1. I due passi menzionati in ultimo trattano della costituzione d'un diritto di pegno per via di fedecommesso (« *voluit* »). Una particolare opinione sulla evoluzione storica della costituzione del diritto di pegno per via di legato in Dernburg, *D. di pegno* I p. 281 sg.; in contrario v. Scheurl, *Riv. crit. trim.* II p. 454 sg. Cfr. in genere Rosshirt II p. 168 sg., Arndts, *Diz. G.* VI p. 334 sg. [Lammfromm sulla l. 1 D. 33. 2 (legato di un usufrutto sopra servitù prediali) *Arch. per la prat. civ.* LXXXVII p. 142 sg. (1897).] § 656.

lo acquista direttamente per il fatto che si è adita la eredità[2]. Egli può anche legarlo sopra una cosa altrui; allora l'onerato è obbligato a procacciarlo al legatario, presupposto che il disponente abbia conosciuta la pertinenza della cosa ad altri o che la cosa sia dell'onerato[3]. La particolarità, che vige per il legato d'una servitù personale relativamente alla devoluzione, si è già osservata al § 642 nota 12; qui è da aggiungere, che se una servitù personale è legata a periodi interrotti, ciò non si considera come unico legato, ma come una pluralità di legati[4]. Un diritto sulla cosa altrui può costituirsi mediante legato anche in guisa che la cosa venga legata con riserva del diritto[5], o che all'uno si leghi la cosa, all'altro il diritto[6].

---

(2) Cfr. § 646. — Però colui, al quale sono state legate in usufrutto cose fungibili, diventa proprietario solamente mediante la tradizione fattagliene dall'onerato. L. 7 D. *de usufr. ear. rer.* 7, 5, l. 9 § 4 D. *ad exh.* 10. 4, l. 1 § 17 D. *ut leg.* 36. 3. Bürkel, *Contributi alla teoria dell'usufrutto* p. 126 sg. [Distinzione fra il legato di usufrutto ed il legato di rendita: Trib. dell'Imp. *Sent.* XXXVII p. 168 sg.]

(3) Cfr. § 654 Num. 2. 3.

(4) Come il legato di rendita (§ 660 nota 3). L. 1 pr. D. *quando dies ususfr.* 7. 3. « *Quamquam ususfructus ex fruendo consistat, id est facto aliquo eius qui fruitur et utitur, tamen semel cedit dies; aliter atque si cui vel in menses vel in dies vel in annos singulos quid legetur; tunc enim per dies singulos vel menses vel annos dies legati cedit. Unde quaeri potest, si ususfructus cui per dies singulos legetur vel in annos singulos, an semel cedat. Et puto, non cedere simul, sed per tempora adiecta, ut plura legata sint, et ita libro quarto digestorum Marcellus probat in eo, cui alternis diebus ususfructus legatus est* ». L. 1 § 3 l. 2 § 1 l. 28 D. *quib. mod. ususfr. amit.* 7. 4, l. 11. 13 D. *de usu et usufr.* 33. 2. Cfr. I § 216 nota 11 in f., III § 645 note 2. 4.

(5) § 1 I. *de usufr.* 2. 4, l. 6 pr. D. *eod.* 7. 1, l. 66 § 7 D. *de leg.* II°, l. 4 D. *de usu et usufr.* 33. 2, l. 14 C. *de usufr.* 3. 33. Il modo con cui la cosa procede giuridicamente è da concepire più precisamente così, che il proprietario in unico atto conferisce la proprietà della cosa ed onera la cosa stessa. Cfr. I § 212 nota 12.

(6) Anche in questo caso il disponente costituisce col legato qualche cosa, che fino allora non esisteva; egli non lega già una parte stralciata della proprietà. V. la precedente nota. — Nelle fonti si trova deciso, che se ad uno venga legata la cosa, all'altro l'usufrutto, l'usufrutto diventi comune ad entrambi (l. 3 § 2 l. 9 D. *de usufr. accr.* 7. 2, l. 6 D. *de usufr. ear. rer.* 7. 5, l. 19 l. 26 § 1 D. *de usu et usufr.* 33 2), e Modestino (l. 19 cit.) vuol tener ferma questa deci-

2. Legato d'un diritto sussistente sopra cosa altrui. Il testatore può in questa maniera legare il suo proprio diritto o un diritto altrui; nel primo caso il diritto legato, coll'adizione dell'eredità trapassa immediatamente al legatario[7], nel secondo caso il legatario riceve un diritto di credito a che gli si procacci il diritto legato, presupposto che il testatore sapesse di non essere egli il titolare del diritto, o che titolare del diritto sia l'onerato[8]. Se è trasmissibile soltanto l'esercizio del diritto legato, può richiedersi che sia procacciato almeno questo[9].

3. Mediante il legato d'un diritto su cosa altrui al proprietario della cosa stessa, egli, se il diritto legato è un diritto del disponente, ottiene la immediata liberazione, altrimenti un diritto di credito alla liberazione[10].

---

sione anche nel caso, in cui risulti una contraria volontà del disponente « *Si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit, si eo proposito fecit* (l. *fuit*), *ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur; nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo ' Titio fundum detracto usufructu do lego ', vel ' Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato' : quod nisi fecerit, usussfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum* (l. *quod actum*) *sit* ». Modestino era quindi d'opinione, che la suindicata dichiarazione di legato non possa riguardarsi come espressione della effettiva volontà di legato. Ma ora poichè ciò in ogni caso pel nostro concetto linguistico è manifestamente inesatto, io non saprei, che cosa oggidì potrebbe trattenerci dal dar vigore all'effettiva volontà del disponente. Ma nel dubbio dovrà certo ritenersi, che il testatore col legato dell'usufrutto abbia voluto limitare il legato della cosa. Cfr. Francke, *Observationes de iure legatorum fideicommissorum spec.* I cap. 1 (1832), Brinz 1ª ediz. p. 901, Unger § 71 nota 5, Arndts XLVIII p. 182 sg., Kohler, *Ann. per la dogm.* XVI p. 105 sg.; di div. op. Schneider, *Diritto d'accrescimento* p. 296 sg., Vangerow § 554 osserv. 1 Num. 3.

(7) L. 71 § 6 D. *de leg.* I°, l. 1 § 7 D. *de superfic.* 43. 18.

(8) Cfr. § 646. 654 Num. 2. 3.

(9) Cfr. I § 205.

(10) L. 71 § 5 l. 86 § 4 D. *de leg.* I°, l. 1 § 1 D. *de lib. leg.* 34. 3.

D. *Legato di obbligazioni.*

§ 657.

1. Costituzione d'un credito mediante legato. Di questo caso non occorre qui dire nulla di particolare[1].

2. Legato d'un credito già esistente[2]. Se esso è proprio del testatore, coll'adizione dell'eredità trapassa direttamente al legatario[3]; per il caso del legato d'un credito altrui vige lo stesso che per il legato di cose altrui e di altrui diritti reali. Se il credito legato non sussiste, il legatario non riceve nulla, e nel dubbio neppure quando come oggetto del legato non è stato indicato il credito, ma la cosa dovuta[4]. Se il credito viene soddisfatto in vita del

---

§ 657. (1) Cfr. § 647. 648. Rosshirt II p. 220 sg.

(2) C. d. *legatum nominis, nomen legatum*. Haubold, *De legato nominis* (*opusc. academica* I p. 497 sqq.). Rosshirt II p. 228 sg., Arndts, *Diz. G.* VI p. 336 sg., G. Krüger, *I principî del d. rom. sui legati di crediti e debiti* [die Grundsätze des röm. R. über Vermächtnisse von Forderungen und Schulden]. Dissert. inaug. di Greifsw. 1883. Seuff., *Arch.* XV. 145.

(3) Secondo il diritto della cessione, cfr. II § 330. *Actio mandata:* § 21 I. *de leg.* 2. 20, l. 44 § 6 l. 75 § 2 i. f. l. 105 D. *de leg.* I°, l. 10 D. *de lib. leg.* 34. 3. *Actio utilis:* l. 18 C. *de leg.* 6. 37.

(4) L. 75 § 1. 2 *de leg.* I°, l. 25 D. *de lib. leg.* 34. 3. In questi passi il legato d'un oggetto indicato come dovuto è senz'altro dichiarato caduco quando il credito non sussiste. Ma si dovrà concedere la possibilità, che il testatore coll'aggiungere alla cosa la qualifica dovuta « *demonstrare potius heredibus voluit unde centum sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quam condicionem legato inicere* » (cfr. l. 96 pr. D. *de leg.* I°). La lingua tedesca offre in proposito nell'articolo un sussidio all'interpretazione che mancava alla latina. Se è legata una quantità apponendovi l'articolo (« *i* cento, che Tizio mi deve), non può sicuramente sorgere alcun dubbio su che il testatore, pel caso che la quantità non fosse dovuta, non ha voluto legar nulla. Cfr. Windscheid, *Presupposizione* p. 132 sg., Brinz 1ª ediz. p. 903 sg. 2ª ediz. III p. 327, Vangerow § 555 osserv. Nr. 1, O. Müller, *De falsa demonstratione institutioni vel legato adiecta Comm.* II (Programma accad. 1865) p. 15 sqq. 27 sqq. 30. — Se l'oggetto legato è dovuto soltanto alternativamente, allora nel caso normale, in cui il debitore ha la scelta, dipende dall'arbitrio dello stesso, che il legatario abbia o no a ricevere qualche cosa — « *ex eventu solutionis legatum valet* ». L. 50 § 1

testatore, il legatario riceve quello che per tal via è pervenuto al disponente[5], a meno che, secondo le circostanze, non sia da ammettere un mutamento di volontà del testatore[6]; del resto colla estinzione del credito anche il legato perde la sua sussistenza[7].

3. Legato d'un credito già esistente fatto al debitore stesso, legato di liberazione di debito[8]. Il legatario ottiene la liberazione od un diritto di credito alla liberazione, a seconda che egli è debitore del testatore o d'un terzo[9];

D. *de leg.* II°, l. 75 § 4 D. *de leg.* I° cfr. § 3 *eod.* Pel caso, in cui uno degli oggetti alternativamente dovuti è legato ad uno, l'altro ad un altro, sorge la possibilità di un doppio ordine di considerazioni. Si può da una parte dire, che il testatore abbia voluto far dipendere dall'evento, quale dei due legatari riceva effettivamente qualche cosa; così l. 50 § 1 D. *de leg.* II°. Ma se si pondera dall'altra parte, che il testatore sapeva, che il credito somministrerebbe soltanto uno dei due menzionati oggetti, si giunge al risultato, che egli abbia voluto legare puramente e semplicemente quello dei due che non sarebbe stato per tal modo somministrato; così la l. 76 D. *de leg.* I°. La stessa decisione si trova per l'obbligazione correale, l. 82 § 5 D. *de leg.* I°, l. 13 pr. D. *de leg.* II°. Cfr. Arndts, *Diz. G.*, VI p. 337, Fitting, *La natura delle obbligazioni correali*, p. 158 sg. 183 sg., Krüger op. cit. p. 9 sg.

(5) Certamente quando come oggetto del legato non è stato indicato il credito come tale, ma l'oggetto del credito; da ciò, che il testatore non ha voluto legare questo oggetto, se egli non ha da esigerlo, non segue, che egli non abbia voluto legarlo neppure nel caso, in cui egli non lo ha più come ancora da esigere. Ma anche se come oggetto del legato si è indicato il credito come tale, deve nel dubbio ritenersi lo stesso; la volontà del legato nel dubbio non mira al credito in questa sua esistenza giuridica, ma al credito come parte di patrimonio nel suo atteggiamento attuale e futuro. V. le citazioni nella seguente nota. Seuff., *Arch.* XLVII. 124. [Contro l'opinione qui sostenuta.]

(6) L. 11 § 13 l. 64 D. *de leg.* III°. Cfr. Brinz 1ª ediz. p. 904. 905, 2ª ediz. III p. 328. 329, Unger § 72 not. 2, Krüger op. cit. p. 16 sg.

(7) § 21 I. *de leg.* 2. 20, l. 75 § 2 l. 82 § 5 D. *de leg.* I°, l. 21 pr. § 1 D. *de lib. leg.* 34. 3. [Seuff., *Arch.* XLVII. 124.]

(8) *Legatum liberationis, liberatio legata.* Dig. 34. 3 *de liberatione legata.* Rosshirt II p. 276 sg., Arndts, *Diz. G.*, VI, p. 338 sg.

(9) Dell'ultimo caso trattano l. 8 pr. l. 11 l. 24 D. *h. t.;* sul primo v. p. es. § 13 I. *de leg.* 2. 20, l. 3 § 3 l. 7 § 1 l. 22. 25 D. *h. t.*, l. 17 C. *de fideicomm.* 6. 42. Se questi passi rimandano anche il debitore del testatore istesso ad una liberazione di debito da conseguirsi dall'erede, ciò ha la sua ragione in parte nell'espressione indiretta della volontà di rimessione (legato *per damnationem*, fedecommesso), in parte nella forma manchevole di quella diretta. La prima ragione

l'una e l'altra cosa naturalmente soltanto nei limiti nei quali il testatore gliela ha voluta elargire[10]. Se egli non è debitore di nulla, nulla riceve, e nel dubbio neppure quando come oggetto del legato non è stato indicato il debito, ma la cosa dovuta[11]. Coll'estinzione del debito in vita del testatore vien meno il legato[12-12a].

---

non sussiste più già pel diritto Giustinianeo, la seconda pel diritto odierno. Cfr. Unger II § 124 nota 20. Del resto ciò che i passi menzionati dicono della ragione alla liberazione dal debito (*acceptilatio*), è anche oggidì applicabile nel senso, che il debitore può esigere dall'erede una dichiarazione formale dell'avvenuta liberazione, come pure la restituzione del documento di debito e la cancellazione nel registro fondiario. Poichè il diritto di credito si accompagna all'immediato effetto del legato qui, come in ogni altro caso (§ 647). [Sulla l. 25 D. 34. 3 v. la dissertazione inaugurale (di Erlangen) di Dreifuss 1892. V. ancora Trib. dell'Imp. *Sent.* XLII p. 133 sg.]

(10) La volontà del testatore può in ipotesi mirare all'estinzione non dell'intiera obbligazione, ma soltanto d'una parte di essa, l. 7 pr. D. *h. t.*, § 13 I. *de leg.* 2. 20. Essa può in ipotesi tendere non alla completa estinzione della obbligazione, ma soltanto ad affievolirla per un verso o per l'altro; in questo caso il debitore, anche secondo il diritto odierno, è tutelato contro il credito dell'erede per via di eccezione. L. 20 pr. D. *h. t.*, l. 2 pr. l. 3 § 3 l. 10 *eod.*, l. 8 § 1. 2 *eod.*

(11) L. 75 § 2 *init.* D. *de legat.* I° (« *decem quae mihi Titius debet lego* »), l. 25 D. *h. t.* Invero l'ultima legge fa difficoltà, ma il risultato della stessa, in ispecie anche secondo il ragguaglio, che i Basilici dànno del suo contenuto, non può esser dubbio. Di fronte all'indicata difficoltà attualmente di solito si rimedia coll'apposizione d'un segno interrogativo dopo le parole « *sed poterit hoc dici... damnas esto non petere* », v. in ispecie Arndts nella sua dissertazione inaugurale: *ad legem* 25 D. *de liberatione legata*, Berol. 1825. Il Mommsen nella sua edizione emenda: *quod si nihil debeat*, INUTILE LEGATUM EST, CERTE *poterit hoc dici, si ita legavit cett.*, in quanto egli ritiene che le parole « *poterit dici... posse sed* » siano una ripetizione interpolata del seguito (« *etiam illud temptari potest cett.* »). Cfr. Rosshirt II p. 294 sg., Arndts, *Diz. G.*, VI p. 339, Vangerow II § 555 osserv. Nr. 2, O. Möller (nota 4) pr. 12 sqq. — Ma anche in questo caso è da concedere la possibilità, che il testatore abbia aggiunto l'accenno alla qualità di dovuta della cosa, soltanto *demonstrationis causa.* Cfr. nota 4 e le citazioni ivi fatte.

(12) L. 7 § 4 l. 21 pr. § 1 D. *h. t.* Nella riscossione del credito per parte del testatore in questo caso sta una revoca del legato. Cfr. Unger § 72 nota 6.

(12 *a*) Sulla disposizione d'ultima volontà, che un debito sussistente debba trapassare ad un altro debitore, v. § 338 nota 10.

Legato di debito.

§ 658.

Dal legato di credito e dal legato di liberazione da debito si deve distinguere il legato di debito, cioè il legato al creditore di ciò, di cui alcuno è debitore[1]. Il legato di debito non è in nessun caso il legato d'una obbligazione, ma sempre il legato dell'oggetto dovuto[1a]. Quindi esso torna a profitto del legatario solamente in quanto gli dà qualche cosa, che il credito non gli concede[2]. Se egli non

---

(1) C. d. *legatum debiti, debitum legatum*. Rosshirt II p. 300 sg. Arndts, Diz. G. VI p. 337 sg. Lo st., *Rivista giudiziaria austr.* 1858 Nr. 10-12 (*Scritti riuniti di diritto civile* II p. 539 sg.). Hartmann, *Sul concetto e la natura dei legati nel d. rom.* (1872) p. 13 sg. Krüger (§ 657 nota 1) p. 38 sg. Jhering, *Ann. per la dogm.* XXIV p. 165-174 (1886). Hartmann, *Arch. per la prat. civ.* LXX p. 169 sg. (1886). [Hanquet, il *legatum debiti*. Dissertaz. inaugurale di Berlino 1889. Centner, *Du legs de la dot et en général de la chose due.* Thèse de Paris 1893.]

(1 *a*) Di div. op. Brinz 2ª ediz. III § 415 nota 57.

(2) L. 11. 13. 14. 25. 28 § 13 D. *de lib. leg.* 34. 3, l. 28. 29 D. *de leg.* Iº l. 82 pr. D. *de leg.* IIº, l. 1 § 10 l. 57 l. 81 § 1 D. *ad leg. Falc.* 35. 2, § 14 I. *de leg.* 2. 20. — Il legato di debito, qualora non procuri un vantaggio al creditore è invalido? Nei citati passi esso è dichiarato INUTILE, ma si dice anche, che esso è *nullum*, che *non constat*, per modo che anche quell'*inutile* deve senza dubbio intendersi nel senso di invalidità. Però io non ritengo inammissibile lo intendere queste pronuncie delle fonti in modo che in una disposizione, la quale prescrive il soddisfacimento di un creditore, senza dargli qualche cosa, che non abbia già come creditore, nel dubbio non possa punto rinvenirsi la volontà di lasciare un legato. Se quindi la volontà di lasciare un legato è altrimenti accertata, il creditore ha su quanto gli compete come creditore una seconda ragione derivante dal legato. Di div. op. Hartmann loc. cit., qualificando come una offesa alla essenza, come un abuso della disposizione d'ultima volontà, lo usarla pel conseguimento di scopi, che già con altri mezzi d'azione sono altrettanto assicurati. Mi pare che ciò vada troppo oltre, e che in ogni caso non corrisponda allo spirito del diritto Giustinianeo, il quale dichiara valido anche il *legatum poenae nomine relictum* (§ 633 nota 23). Di div. op. anche Krüger p. 45. Jhering loc. cit. ed Hartmann, *Arch.* p. 176 sg. (H. attualmente insegna a questo punto, che la invalidità del legato di debito, che non dà al creditore alcun vantaggio, non vige più « per la nostra vita giuridica pratica ». Abrogata per diritto consuetudinario?)

ha da esigere nulla, bisogna distinguere, se gli è stato legato il debito (la cosa dovuta) puramente e semplicemente, o con indicazione sufficientemente esatta della cosa dovuta; nel primo caso egli nulla riceve, nel secondo, riceve l'oggetto indicato, ad onta che egli non abbia da esigerlo[3].

Una specie particolare del legato di debito è il legato della dote a colui che ha da esigerla[4]. Se in questo caso non è dovuta una dote, il legatario non riceve nulla, non solamente quando gli è stato legato in generale il debito, ma anche quando gli è stata, senza più precisa determina-

---

(3) L. 75 § 1 D. *de leg.* I°, l. 88 § 10 D. *de leg.* II°, l. 25 i. f. l. 28, § 14 D. *de lib. leg.* 34. 3, l. 2 C. *de falsa causa* 6. 44; § 15 I. *de leg.* 2. 20 l. 1 § 8 l. 6 D. *de dote prael.* 33. 4, l. 40 § 4 D. *de cond.* 35. 1, l. 3. 5 C. *de falsa causa* 6. 44. L'aggiunta della qualità di cosa dovuta, è detto nei testi, è soltanto *demonstratio.* Ciò si deve più precisamente concepire così: se il legato ha sussistenza nel caso, in cui il credito è affievolito, p. es. da condizione, termine, eccezione (v. i passi della nota precedente), esso deve averla anche quando il credito non esiste punto. Oppure: poichè l'onorato, se è creditore, riceve senz'altro ciò che gli è legato, è da considerare come volontà del testatore, che egli debba riceverlo anche quando non è creditore. Ovvia è invero l'idea, che il legato venga tenuto saldo in base al riconoscimento di debito che vi si contiene, e questa idea viene effettivamente sostenuta da Bähr, *Riconoscimento* p. 103. 104. 202 (112. 220), similmente da Arndts nell'articolo della *Rivista giudiziaria austr.* Ma io per questo concetto non trovo nelle fonti alcun punto d'appoggio. Delle leggi, alle quali Bähr fa richiamo, l. 1 § 5 l. 11. 16 D. *de dote prael.* 33. 4, la seconda si riferisce ad un *legatum liberationis*, sulle due altre v. nota 5. La conseguenza di questo concetto (da Bähr ed Arndts [p. 548] anche effettivamente tratta) sarebbe, che il legato non abbia consistenza, se l'esistenza del debito è stata dal testatore erroneamente ritenuta. Contro Bähr anche Krüger p. 49, Hartmann, *Arch.* p. 199 sg. (il quale a torto mi indica come concordante con Bähr).

(4) Dig. 33. 4 *de dote praelegata.* Bechmann, *Il diritto dotale romano* p. 417 sg. Czyhlarz, *Il diritto dotale romano* p. 465 sg. Hartmann op. cit. p. 21 sg. Krüger p. 51 sg. Jhering p. 171 sg. Il vantaggio, che il legato di dote attribuisce di fronte al credito dotale secondo il diritto Giustinianeo, consiste semplicemente nella eliminazione del termine legale di restituzione, l. 1 § 2 D. *h. t.* La l. 5 D. *h. t.* è in ogni caso priva di importanza secondo il diritto Giustinianeo; nel resto cfr. anche Bechmann p. 353, Czyhlarz p. 466 sg., Krüger p. 55 sg. [Centner (nota 1), Grivaz, *étude sur le legs de dot.* Thèse de Paris 1894.]

zione, legata la dote[5]; mentre invece egli riceve la cosa legata come dote con indicazione sufficientemente esatta, sebbene egli come dote non abbia da esigerla[6].

E. *Legato di universalità giuridica.*

§ 659.

Nel caso del legato d'una universalità giuridica, cioè di una pluralità di diritti e d'obbligazioni concepita come unità, la questione decisiva è, se mediante questo legato sia costituita una successione universale o semplicemente particolare, cioè, se l'unità come tale trapassi al legatario, o se egli riceva i singoli diritti come se gli fossero stati legati quali singoli, coll'obbligo della assunzione delle obbligazioni appartenenti alla universalità giuridica. Il diritto romano originariamente ha decisa questa questione semplicemente nel senso della successione particolare, ma nel corso del tempo per un caso, sicuramente il più importante fra tutti quelli che appartengono a questo novero, cioè per il legato dell'eredità stessa, ha fatta una eccezione a favore della successione universale. Ma con ciò questo caso ha assunta una natura così peculiare, che apparisce congruo separarlo dai rimanenti casi di legato anche nell'ordine esteriore dell'esposizione. Il legato che ha per oggetto una universalità giuridica diversa dall'eredità lasciata dal testatore, anche secondo il diritto giustinianeo e secondo il diritto odierno dà luogo semplicemente ad una successione particolare[1]; secondo il diritto odierno non

(5) L. 15 § 3 D. *de leg. praest.* 37. 5, l. 1 pr. § 5. 6. 7 l. 16 D. *h. t.*, § 15 I. *de leg.* 2. 20.

(6) L. 1 § 8 l. 6 D. *h. t.*, l. 40 § 4 D. *de cond.* 35. 1, l. 3. 5 C. *de falsa causa* 6. 44, § 15 I. *de leg.* 2. 20.

(1) Così specialmente il legato d'un peculio (D. 33. 8 *de peculio legato*), caso, § 659. che presso i Romani era di grande valore pratico, mentre oggidì ne è quasi interamente privo (cfr. II § 484 nota 4). V. su questo caso Mandry, *Diritto*

vige neppure più l'eccezione dal diritto romano ammessa per i testamenti militari[2].

Se viene legato[3] un usufrutto sopra una universalità giuridica, e specialmente sulla eredità, il legatario riceve l'usufrutto soltanto sul patrimonio netto[4]. Se l'usufrutto è legato sopra una parte del patrimonio, l'erede può a sua scelta anche concedere l'usufrutto sopra una somma di danaro corrispondente al valore di questa parte[5].

F. *Legato di rendita e d'alimenti.*

§ 660.

1. Legato di rendita[1], legato d'una prestazione ricorrente a periodi; questa ha per contenuto il più spesso, ma non di necessità, la dazione di danaro[2]. La peculiarità del

---

patrimoniale della famiglia II p. 181-196, Leist, *Cont. del Glück* serie dei libri 37 e 38 IV p. 573 sg. Legato d'un'azienda commerciale: l. 77 § 16 D. *de leg.* II°. Legato d'una eredità altrui pervenuta all'erede: l. 18 [17] § 1 l. 28 [27] § 9. 10 D. *ad SC. Treb.* 36. 1. Cfr. § 663 nota 5.

(2) L. 17 [16] § 6 D. *ad SC. Treb.* 36. 1. Legge militare dell'impero 2 Maggio 1874 § 44 (cfr. § 537 nota 4 *a*).

(3) Cfr. Bürkel, *Contributi alla teoria dell'usufrutto* (Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch) p. 85 sg., Hanausek, *La teoria dell'usufrutto improprio* (die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch) p. 2 sg., Kohler, *Ann. per la dogm.* XXIV p. 238 sg.

(4) L. 43 D. *de usu et usufr.* 33. 2, l. 69 D. *ad leg. Falc.* 35. 2. Sulla scelta delle cose da impiegare per la estinzione del debito cfr. le buone osservazioni di Bürkel p. 116 sg. Anche ciò che il disponente doveva all'erede stesso, può da costui detrarsi: Seuff., *Arch.* XV. 18, cfr. II § 352 nota 4.

(5) L. 32 § 8 D. *de usu et usufr.* 33. 2, cfr. l. 26 § 2 D. *de leg.* I°. Contro l'estensione di questa massima al caso, in cui l'usufrutto è legato sull'intiera eredità (così p. es. Brinz 1ª ediz. p. 902. 2ª ediz. III p. 324), v. Bürkel p. 96 sg., Hanausek p. 4, e cfr. l. 34 § 2 D. *de usufr.* 7. 1, l. 37 D. *de usu et usufr.* 33. 2.

§ 660. (1) Dig. 33. 1 *de annuis legatis et fideicommissis.* — Rosshirt II p. 98 sg. Arndts, *Diz. G.* VI p. 390 sg. Mayer, *La teoria dei legati e fedecommessi* § 41. Cfr. pure Laske nel *Magazz. di Bödiker per il d. tedesco dell'attualità* V p. 117 sg., Mitteis, *L'individualizzazione della obbligazione* p. 21 sg. 30 sg. [Distinzione del legato di usufrutto: Trib. dell'Impero, *Sent.* XXXVII p. 168 sg.]

(2) Il contenuto della prestazione può anche essere mutevole. L. 11 D. *quando*

legato di rendita consiste in ciò, che esso non è un unico legato, ma una pluralità di legati, dei quali ognuno ha una particolare devoluzione[3]. Da ciò segue in particolare[4], che il legato di rendita non oltrepassa la durata della vita del legatario[5]; però può il testatore prescrivere il contrario[6], come egli viceversa può limitare il legato di rendita anche a tempo più breve[7]. Dal legato di rendita si deve quindi distinguere il legato d'una somma o quantità da pagarsi a' termini diversi[8]. La devoluzione dei singoli legati, dei quali consta il legato di rendita, ha luogo se il testatore non ha ordinato il contrario, col principio, non colla fine dell'indicato periodo di tempo[9].

2. Una specie particolare di legato di rendita è il legato degli alimenti[10], il legato del mantenimento, cioè, dell'occorrente per sostentare la vita[11]. Se il testatore non ha

---

dies 36. 2. « *Nec refert, singuli aurei in annos singulos legentur, an in annum primum mille aurei, in secundum homo, in tertium frumentum* ».

(3) L. 10. 12 pr. D. *quando dies* 36. 2. « *Cum in annos singulos legatur, non unum legatum esse sed plura constat, nec semel diem eius cedere, sed per singulos annos* ». L. 1 pr. *quando dies usufr.* 7. 3 (§ 656 nota 4), l. 20 D. *eod.*, l. 4 D. *h. t.* (nota 5), l. 11 D. *eod.*

(4) In particolare: v. inoltre l. 11 D. *h. t.*, l. 12 § 2 D. *quando dies* 36. 2.

(5) L. 4 D. *h. t.* « *Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cuius sententia vera est, plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium condicionale; videri enim hanc inesse condicionem ' si vivat ', ed ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire* ». L. 8 *eod.*, l. 10 D. *de cap. min.* 4. 5, l. 1 § 16 D. *ad leg. Falc.* 35. 2.

(6) L. 22 C. *de leg.* 6. 37. « *In annalibus legatis vel fideicommissis, quae testator non solum certae personae, sed etiam eius heredibus praestari voluit, eorum exactionem omnibus heredibus et (eorum) heredum heredibus conservari pro voluntate testatoris praecipimus* ». L. 65 D. *de V. S.* 50. 16.

(7) L. 20 D. *quando dies* 36. 2.

(8) L. 12 § 4 l. 20 l. 26 § 2 D. *quando dies* 36. 2, l. 3 D. *h. t.*

(9) L. 5. 8. 22 D. *h. t.*, l. 12 § 1 D. *quando dies* 36. 2, l. 1 C. *eod.* 6. 53; l. 12 § 5 D. *quando dies* 36. 2.

(10) D. 34. 1 *de alimentis vel cibariis legatis.* Rosshirt II p. 81 sg. Arndts, *Diz. G.* VI p. 332 sg.

(11) L. 6. 7. 23 D. *h. t.* L. 6 cit: — « *quae ad disciplinam pertinent, legato non continentur, nisi aliud testatorem sensisse probetur* ». Possibile limitazione a determinati bisogni della vita: l. 21 D. *h. t.* Seuff., *Arch.* III. 84.

determinato nulla sulla misura degli alimenti da corrispondersi, è anzitutto da por mente se egli non abbia già, mentre era in vita, prestato alimenti all'onorato o forse anche ad un altro che versi nelle stesse condizioni, poi alla prossimità del rapporto, nel quale il disponente sta verso l'onorato, al grado speciale di costui, alla entità del patrimonio lasciato[12]. Se il testatore non ha determinato la durata della prestazione degli alimenti, è da ritenere che siano lasciati vita durante[13]. — Per il legato d'alimenti vige in forza di disposizione positiva una serie di norme particolari. *a*) Esso può anche lasciarsi ad un incapace[14]. *b*) Se è lasciato " fino alla pubertà ", dura fino al 18mo o rispettivamente al 14mo anno[15]. *c*) La revoca generale non lo tocca[16]. *d*) Per il fatto che l'onerato perda qualche cosa in seguito all'applicazione della legge Falcidia, esso non vien diminuito[17]. *e*) V. inoltre II § 414 nota 11 e III § 650 nota 8 in f.

G. *Legato di scelta**.

§ 661.

L'espressione legato di scelta indica in generale il legato, nel quale ciò che il legatario riceve dipende da una

---

(12) L. 22 pr. D. *h. t.*, l. 14 § 2 *eod.*, l. 14 D. *de annuis* 33. 1.

(13) — « *constat... alimenta cum vita finiri* », l. 8 § 10 D. *de transact.* 2. 15. L. 14 pr. D. *h. t.*, l. 26 § 2 D. *quando dies* 36. 2.

(14) L. 11 D. *h. t.*, l. 3 pr. D. *de his quae pro non scr.* 34. 8. Arndts, *Cont. del Glück* XLVI p. 432 sg.

(15) L. 14 § 1 D. *h. t.*

(16) L. 18 § 3 D. *h. t.*

(17) V. § 650 nota 5. Sulla l. 77 § 1 D. *de leg.* II° cfr. Hasse, *Mus. renano* III p. 388 sg.

(*) Dig. 33. 5 *de optione vel electione legata.* — Rosshirt, II p. 6 sg. Arndts, *Diz. G.* VI p. 333 sg. 341 sg. Vangerow II § 549. Unger § 76. Pescatore, *La c. d. obbligazione alternativa* p. 92 sg. Cfr. pure De Gioannis, *Arch. giuridico* XIV p. 121 s. 331 s., e su questo Hellmann, *Riv. crit. trim.* XVIII p. 470 sg. V. pure l'articolo di Ascoli citato al § 655 nota 3.

scelta da farsi. In particolare appartiene a questo novero il legato d'un oggetto determinato solamente quanto alla specie, del quale si è già fatto parola al § 655 in relazione alle cose legate; poi il legato alternativo, il legato dell'uno o dell'altro fra più oggetti individualmente o genericamente determinati. Tanto per il legato generico, quanto per il legato alternativo, la scelta compete all'onorato od all'onerato, a seconda che il legato costituisce un diritto reale od un diritto di obbligazione[1], riservata naturalmente la interpretazione di volontà[1a]. Però l'avente diritto di scelta non ha sempre incondizionatamente le mani libere: se da una cerchia determinata di cose ereditarie una o più ne sono legate, l'onorato può scegliere la migliore, e l'onerato la peggiore solamente quando è espressamente concesso il trascegliere[2]. La scelta non può validamente farsi prima dell'adizione dell'eredità[3], e deve farsi dall'onorato entro un termine da assegnarglisi giudizialmente su richiesta dell'onerato; se l'onorato non sceglie entro questo termine, egli può scegliere ancora solamente quando l'onerato dalla scelta non risente alcun detrimento[4] (astraendo dalla perdita dell'oggetto scelto).

---

(1) Pel legato generico v. § 655 note 3. 10. Per l'alternativo: l. 34 § 14 D. *de leg.* I°, l. 19. 23 D. *de leg.* II°; l. 47 § 3 l. 109 § 1 D. *de leg.* I°, l. 19 D. *de leg.* II°, cfr. l. 43 § 3 D. *eod.*, l. 29 § 1 D. *de leg.* III°. § 661.

(1 *a*) Pescatore loc. cit. è d'opinione, che lo acquisto reale sia inconciliabile colla scelta dell'onerato. In contrario: *a*) il legatario diventa proprietario mediante la scelta dell'onerato, *b*) se l'onerato non vuol scegliere, il legatario agisce contro di lui colla *actio in personam* a lui competente (§ 646), e nel giudizio d'esecuzione la scelta trapassa a lui (§ 255 nota 11).

(2) A questo caso si riferisce specialmente l'espressione *optio* od *electio legata*. L. 2 pr. D. *h. t.*, l. 37 pr. l. 110 D. *de leg.* I°. Cfr. Bernstein, *Sulla teoria del legatum optionis, Riv. della fond. Sav.* I p. 151 sg. (Le idee fondamentali di questa dissertazione appariscono dalle pp. 152 sg. 159. 190. 199).

(3) L. 16 D. *h. t.*

(4) L. 6. 7. 8 pr. l. 13 § 1 l. 17 D. *h. t.* Questi passi, come quelli menzionati nella precedente nota, si riferiscono bensì soltanto alla vera e propria *optio legata;* però non si va troppo oltre generalizzandoli. Cfr. Bernstein p. 176 sg. — Quanto all'onerato v. II § 255 nota 11. Se dal testatore gli è stato

La scelta una volta fatta, se il legato dà un diritto reale, è definitiva[5]; per il caso in cui il legatario diventa soltanto creditore, vigono i principii generali per le obbligazioni[6]. La prestazione avvenuta nella ignoranza del diritto di scelta non toglie all'onerato tale diritto[7], bensì lo toglie all'onorato il ricevimento avvenuto nella ignoranza del diritto di scelta a lui competente[8]. La morte dell'onorato non estingue il suo diritto di scelta; esso trapassa ai suoi eredi[9]. Se il legato alternativo nell'uno o nell'altro dei suoi atteggiamenti non è capace del trapasso agli eredi[10], e l'onorato ha la scelta, esso si trasforma nelle

---

ingiunto di decidersi entro un certo termine, ciò nel dubbio è da intendersi nel senso, che in caso di non decisione entro questo termine il diritto di scelta trapassi all'onorato, l. 11 § 1 D. *de leg.* II°.

(5) Colla scelta il legatario ha quello che egli deve avere; il legato è adempiuto. L. 20 D. *h. t.* « *Apud Aufidium libro primo rescriptum est, cum ita legatum est ' vestimenta quae volet triclinaria sumito sibique habeto ', si is dixisset, quae vellet, deinde, antequam ea sumeret, alia se velle dixisset, mutare voluntatem eum non posse ut alia sumeret, quia omne ius legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit, quoniam res continuo eius fit, simul ac si dixerit eam sumere* ». L. 5 pr. D. *de leg.* I°.

(6) V. II § 255.

(7) L. 32 § 3 D. *de cond. ind.* 12. 6. Questo passo tratta bensì soltanto della prestazione di chi deve in via di obbligazione, ma per la prestazione dell'obbligato in via reale deve valere lo stesso. Egli ha reso il ricevente proprietario nella erronea presupposizione, che egli lo sia già (cfr. I § 171 Num. 2). — La l. 19 i. f. D. *de leg.* II° si spiega colla peculiarità del legato *per damnationem*, Gai. II. 283, Ulp. XXIV. 33, § 7 I. *de obl.* (*quae*) *quasi ex contr.* 3. 27. Unger § 76 not. 7; diversamente Vangerow § 549 in f., Bernstein, *Sulla teoria della volontà alternativa* p. 61, Pescatore op. cit. p. 168 sg.

(8) L. 19 D. *de leg.* II°. « *Si is, cui legatus sit Stichus aut Pamphilus, cum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandae vindicationis ius non habet...* ». Lo stesso deve valere pel caso di diritto competente in via di obbligazione; il diritto romano non permette al legatario di allegare, che in forza d'una erronea presupposizione egli non abbia ricavato dalla disposizione di legato a suo favore ciò, che egli ne avrebbe potuto ricavare.

(9) Diversamente era secondo il diritto antigiustinianeo nel caso del legato di opzione; esso veniva riferito ad una scelta personale del legatario. Ciò fu abolito da Giustiniano § 23 I. *de leg.* 2. 20, l. 3 pr. C. *comm. de leg.* 6. 43.

(10) Esso è condizionato in una delle sue alternative, od ha per oggetto un diritto connesso alla persona.

mani dell'erede in un legato semplice; se la scelta spetta all'onerato, questi non è più tenuto ad alcuna prestazione[11]. Fra più aventi diritto di scelta, che non si possono mettere d'accordo, decide la sorte[12]. Se la scelta deve farsi da un terzo, e questo muoia prima od indugi la scelta per un anno, il diritto di scelta trapassa al legatario stesso[13].

III. Il legato d'eredità (Fedecommesso universale)*.

Introduzione.

§ 662.

La ragione principale per cui si raccomanda di separare l'esposizione del legato d'eredità dalla esposizione delle altre specie di legato, è già stata indicata (§ 659). Il legato

---

(11) Le fonti (l. 14 § 1 l. 16 pr. l. 25 pr. D. *quando dies* 36. 2, cfr. l. 21 D. *de usu et usufr.* 33. 2) qui del resto non dànno un risultato limpido, e quindi le opinioni sono divise. Cfr. Arndts, *Diz. G.* VI p. 343, Vangerow § 550 in f., Unger § 76 not. 1, Arndts, *Pand.* § 579 not. 4, Pescatore op. cit., p. 104 sg. Cfr. Seuff., *Arch.* XXXVII. 47. Pescatore loc. cit. riconnette la diversità del trattamento, a seconda che la scelta spetta all'onerato od all'onorato, colla sua idea, che in caso di diritto di scelta dell'onorato abbia luogo sempre una pluralità di diritti (cfr. § 255 nota 5 in f.). La ragione mi pare che sia molto più semplice: colla morte dell'onorato non deve aggravarsi la posizione dell'onerato.

(12) Così prescrisse Giustiniano pel caso della vera e propria *optio legata*, aggiungendo, che colui, a favore del quale la sorte decide, debba indennizzare il suo compagno in danaro. L. 3 pr. C. *comm. de leg.* 6. 43, § 23 I. *de leg.* 2. 20. L'estensione della disposizione giustinianea ad altri casi del legato di scelta non incontra ostacoli.

(13) Anche questa disposizione Giustiniano la ha direttamente emessa soltanto pel caso della vera e propria *optio legata*, l. 3 § 1 C. *comm. de leg.* 6. 43, aggiungendo, che in questo caso il legatario non possa scegliere l'ottimo.

(*) Inst. 2. 23 *de fideicommissariis hereditatibus.* Dig. 36. 1 Cod. 6. 49 *ad senatusconsultum Trebellianum.* — Rosshirt I p. 120 sg. Heimbach, *Diz. G.* IV p. 286 sg. (1843). [Euler, *Il fedecommesso universale del diritto comune come mezzo per tenere ferme disposizioni di ultima volontà invalide fin da principio e la successione per sostituzione fedecommessaria del cod. civ. per l'imp. germanico in quanto rivolta ad attuare disposizioni di ultima volontà* (das Universalfideicommiss. des gem. R. als Mittel zur Aufrechthaltung von

d'eredità non attribuisce una somma di singole cose, ma l'eredità come tale, e s'accosta con ciò nel suo effetto molto da vicino alla istituzione d'erede. A questa s'aggiunge, come seconda ragione, che il legato d'eredità nella sua sussistenza è indipendente dalla volontà d'acquisto dell'onerato, il che in questa misura non vale d'alcun altro legato. — Entrambe le peculiarità del legato d'eredità non appartengono del resto al diritto romano originario, ma sono state elaborate, ed invero in relazione colla teoria dei fedecommessi, soltanto nell'epoca imperiale[1]. Su questa connessione colla teoria dei fedecommessi si fonda anche la designazione fedecommesso universale, oggidì usualmente adoperata per il legato d'eredità.

---

letztwilligen Bestimmungen etc.). Dissert. di Erlangen, 1888. Fedecommesso rivolto alla restituzione dell'eredità di un terzo che sia in prospettiva: Seuff., *Arch.* LI. 37.]

§ 662. (1) Pel *fideicommissum hereditatis* venne introdotta la prima delle indicate specialità dal *SC. Trebellianum* (l. 1 § 1. 2 D. *h. t.* sotto Nerone), la seconda dal *SC. Pegasianum* (sotto Vespasiano). Il *SC. Pegasianum* revocò però ad un tempo la disposizione del *Trebellianum* pel caso, che il *fideicommissum hereditatis* oltrepassi i $^3/_4$ della eredità. Giustiniano abrogò questa disposizione e ad un tempo determinò, che l'altra disposizione del *Pegasianum* mantenuta ferma debba considerarsi come contenuta nel *Trebellianum*, per modo che nella compilazione il nome del *Pegasianum* non si riscontra. Gai. II. 247 sqq., Ulp. XXV. 14 sqq., § 3 sqq. I. *h. t.*, Const. *Tanta* § 6. Il *legatum hereditatis* restò anche dopo queste leggi sottoposto al diritto ordinario dei legati. Ma Giustiniano colla l. 2 C. *comm. de leg.* 6. 43 eliminò la differenza fra *legatum* e *fideicommissum* pel legato d'eredità non meno che pei legati singolari, e sottopose, il legato d'eredità come tale al più favorevole diritto dei fedecommessi. Invero ciò non è generalmente riconosciuto (in contrario specialmente Rosshirt I p. 133 sg.); ma è già dimostrato da che nelle Istituzioni si fa parola solamente del *fideicommissum hereditatis*, ed invero in un titolo particolare, mentre del *legatum hereditatis* si fa parola soltanto *in praeteritum* (§ 5 I. *h. t.*). V. pure l. 3 § 2. 3 C. *comm. de leg.* 6. 43. Il non essersi nelle *Pandette* fatta svanire ogni menzione del *legatum hereditatis* (l. 39 pr. D. *de vulg.* 28. 6, l. 15. 23. 26 § 2 l. 27. 104 § 7 D. *de leg.* I°, l. 8 § 5 l. 9 D. *de leg.* II°, l. 23 [22] § 5 D. *h. t.*), non fornisce una prova in contrario; di evitare il nome non esisteva alcuna ragione, ed in quanto quei frammenti non sono conciliabili col diritto dei fedecommessi (l. 26 § 2 l. 27 D. *de leg.* I°, l. 8 § 5 l. 9 D. *de leg.* II°), non si verifica nell'averli accolti una svista maggiore di quelle che i compilatori hanno commesse in molti altri punti; è possibile anche, che questi frammenti siano stati accolti

A. *Costituzione del legato d'eredità.*

§ 663.

Per la costituzione del legato d'eredità e per i requisiti della sua validità non vigono principii diversi da quelli per i legati in genere. In ispecie neppure per il legato di eredità occorre una espressa dichiarazione della volontà di legato[1]. Il legato d'eredità può essere imposto tanto all'erede *ab intestato*, quanto all'erede testamentario ed all'erede contrattuale[2], ma anche al legatario stesso dell'eredità, cioè, anche il legato imposto al legatario della eredità, di dare ulteriormente ad altri l'eredità, è soggetto ai peculiari principii del legato d'eredità[3]. L'oggetto del legato d'eredità può consistere nell'intiera eredità o in una

---

per ricevere applicazione in quei casi, nei quali il testatore mediante non ambigua dichiarazione di volontà abbia posto in chiaro, che egli intende di aver ordinato un legato d'eredità nel senso dell'antico *legatum hereditatis*. Poichè non può certamente porsi in dubbio che ciò secondo il diritto Giustinianeo sia rimasto ammissibile, e lo sia nel diritto odierno (cfr. l. 17 [16] pr. — § 4 D. *h. t.*). Cfr. sulle diverse opinioni V. Löhr, *Mag. per la GP. e per la legisl.* IV p. 90. 94 sg., Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* IX p. 268 sg., Arndts, *Diz. G.* VI p. 322 sg., Mayer, *Legati* § 12. 13 in f., Vangerow II § 556 osserv., Unger § 20 not. 6 § 54 not. 4, Lenel, *Ann. per la dogm.* XIX p. 245, Brinz 2ª ediz. III p. 439 nota 13, Dernburg III § 119 nota 6. Sulla storia del legato d'eredità in genere v. Mayer op. cit. § 10-13.

(1) Cfr. § 633 nota 10. Così nell'ordine all'erede, d'istituire erede una determinata persona, è insita una disposizione di legato d'eredità a favore di questa persona; nel divieto di fare testamento, è insita una disposizione di legato di eredità a favore degli eredi *ab intestato* dell'erede. L. 18 [17] pr. § 2 D. *h. t.*, l. 114 § 6 D. *de leg.* I°, l. 70 § 2 D. *de leg.* II°; l. 76 [74] pr. D. *h. t.*, cfr. l. 77 § 24 D. *de leg.* II°. V. inoltre l. 69 pr. D. *de leg.* II°, l. 30 [29] pr. D. *h. t.*, § 3 I. *quib. mod. test. infirm.* 2. 17, l. 92. 93 D. *de cond.* 35. 1, e cfr. § 552 nota 5 sg., § 553 nota 6 sg., § 554 nota 19, § 561 nota 3. V. pure Hasse, *Mus. renano* III p. 509 sg. e cfr. E. A. Seuffert nell'aggiunta al *Trattato* di suo padre § 640 nota 4. § 663.

(2) L. 1 § 5 l. 6 § 1 D. *h. t.*, l. 3 C. *h. t.*, § 10 I. *h. t.* L'erede onerato di un *fideicommissum hereditatis* è detto nelle fonti *heres fiduciarius*, ed anche oggidì usualmente si parla di fiduciario.

(3) L. 1 § 8 l. 57 [55] § 2 D. *h. t.*

quota di essa, anche in una eredità acquisita dal testatore, quindi nella eredità d'un terzo contenuta nell'eredità del testatore[4]. Ma se è legata una eredità, che non appartiene al disponente, non si applicano i principii peculiari del legato d'eredità[5].

B. *Devoluzione ed acquisto.*

§ 664.

Il legato d'eredità si devolve, come il legato singolare, colla morte del testatore o rispettivamente coll'adempimento della condizione, sotto la quale esso è lasciato; esso, come il legato singolare, si acquista per il fatto dell'adizione dell'eredità o rispettivamente per il giungere del termine stabilito[1]. Ma in tanto per il legato d'eredità vige qualche cosa di particolare, in quanto l'erede onerato dal legatario può essere costretto all'adizione dell'eredità[2]. In proposito però si presuppone che all'adizione dell'eredità

(4) L. 17 [16] § 5 D. *h. t.* Secondo l'acuta congettura di T. Mommsen la decisione contenuta in questo passo si basa sulla interpolazione dei redattori, e con ciò si spiega la contraddizione col § 6 *eod.* (da leggere nel principio *sed* invece di *sed et*). Altri (H. A. Heise, *De aliena hereditate restituenda* [Goett. 1816] § 42 i. f., Hasse, *Mus. ren.* III p. 540 sg., Vangerow § 558 osserv. Nr. I, Sintenis § 219 not. 6) ritengono, che il « *quamvis placeat* » nel § 6 cit. sia usato soltanto in senso ipotetico.

(5) L. 28 [27] § 8-10 D. *h. t.*

§ 664. (1) L. 26 [25] pr. l. 48 [46] D. *h. t.*, l. 21 C. *de fideicomm.* 6. 42.

(2) Secondo la disposizione del *SC. Pegasianum* (§ 662 nota 1). Gai. II. 258, Ulp. XXV. 16, § 6. 7 I. *h. t.*, l. 4 D. *h. t.* Cfr. l. 17 D. *si quis om. causa test.* 29 4. « *Si quis omissa causa testamenti omnino eam hereditatem non possideat, excluduntur legatarii; nam liberum cuique esse debet, etiam lucrosam hereditatem omittere, licet eo modo legata libertatesque intercidunt. Sed in fideicommissariis hereditatibus id provisum est, ut, si scriptus heres nollet adire hereditatem, iussu praetoris adeat et restituat: quod beneficium his, quibus singulae res per fideicommissum relictae sint, non magis tributum est, quam legatariis* ». Anche la rinunzia dell'eredità può mediante questo diritto di coazione venir annullata con effetto retroattivo, l. 14 § 1. 2 D. *h. t.*

non vadano congiunti sacrifizi non risarcibili per l'erede[3]; dei sacrifizi risarcibili deve sgravarlo il legatario dell'eredità[4]. La devoluzione del legato d'eredità non è un presupposto di questo diritto di coazione[5], e così questo compete anche in caso di condizionalità del legato d'eredità, però solamente quando l'erede onerato è l'unico erede[6]. Questo diritto di coazione si attua, ove sia necessario, per via di azione, nel qual caso la sentenza da emanarsi, quando passa in giudicato, supplisce l'adizione[7]. Nel caso della morte dell'erede prima dell'adizione, questa si considera senz'altro come avvenuta[8]. Se un legatario d'eredità, che è onerato d'un legato d'eredità, ricusi l'accettazione del

---

(3) L. 7 D. *h. t.* — « *Sed et salutis ac dignitatis ratio habenda erit; quid enim si morbo adplicitus Alexandriae iussus fuit adire, vel nomen vispellionis testatoris ferre?* ». L. 65 [63] § 7 D. *h. t.* « *Si sub condicione heres institutus sit... si... turpis aut difficilis sit condicio, aperte iniquum est, cogi eum explere eam alterius gratia* ». Se invece la condizione è di tal fatta che il suo adempimento « *neque difficultatem neque turpitudinem ullam habet... nec impendium aliquid, iubendus est parere condicioni et adire* ». L. 32 [31] § 2 D. *h. t.* Divergente Brinz 2ª edizione III p. 444 nota 38. — Nella l. 65 [63] § 7 D. *h. t.* invece di « *sed et remitti eam ab initio visum est* » o va letto « *nec remitti* » (Vangerow II § 558 osserv. 1 Nr. I. 3), o con T. Mommsen, nella sua edizione, « *sed et remitti eam* A PRAETORE INIQUUM *visum est* ».

(4) Non già semplicemente risarcirli. Così in ispecie, se coll'adizione va congiunta una spesa pecuniaria, il legatario deve « *offerre pecuniam* ». L. 7 l. 32 [31] § 2 l. 65 [63] § 8 D. *h. t.* V. inoltre l. 11 pr. l. 28 [27] § 15 D. *h. t.* (all'erede pel caso che non diventi erede è dato un legato).

(5) L. 11 § 2 D. *h. t.*

(6) L. 44 [43] pr. l 32 [31] pr. D. *h. t.*, l. 12 *eod.*

(7) Le fonti non si pronunciano su questo punto; ma v. *Ord. di pr. civ.* § 779 [894] e cfr. I § 173 nota 5, § 214 nota 2, § 221 nota 5. Altri ritengono superflua anche la sentenza giudiziale (Rosshirt I p. 161, Seuffert, *Pand.* § 645 nota 4, cfr. Arndts § 587 not. 1, Sintenis III § 219 alla not. 20), ma io non vedo alcun punto d'appoggio per questa opinione. Poichè la proposizione immediatamente successiva nel testo si appalesa chiaramente come disposizione eccezionale, e la l. 7 § 1 C. *h. t.* presuppone la adizione. V. pure Ubbelohde, *Arch. per la prat. civ.*, LXI p. 76.

(8) L. 13 § 4 l. 14 D. *de test. mil.* 29. 1, cfr. l. 7 § 1 C. *h. t.* Diversamente, se l'onerato è morto prima del testatore, e questi ne ebbe conoscenza, l. 14 citata.

legàto lasciatogli, il secondo legatario può rivolgersi direttamente contro l'erede, e così anche costringerlo alla adizione[9].

C. *Diritto del legato d'eredità acquisito.*

1. Prima della restituzione.

§ 665.

Il legato d'eredità acquisito non dà al legatario l'eredità, ma soltanto una ragione all'eredità; l'eredità stessa egli la riceve soltanto colla restituzione di essa (§ 666)[1]. Fino alla restituzione l'erede onerato è erede non solo di nome, ma anche in realtà. Quindi egli perde per confusione ciò di cui era in credito verso il testatore[2], come egli viceversa diventa per confusione libero dai debiti, che aveva verso il testatore[3], e del pari vengono meno per confusione i diritti su cosa altrui, che sussistevano fra lui ed il testa-

---

(9) L. 57 [55] § 2 i. f. D. *h. t.*

§ 665. (1) Il legato d'eredità, anche secondo il diritto ultimo, ha effetto non reale, ma obbligatorio. Se Giustiniano colla l. 1 C. *comm. de leg.* 6. 43 avesse voluto attribuirgli effetto reale, non avrebbe, come ha fatto, potuto accogliere l'intiero diritto della restituzione nella sua compilazione. Cfr. Seuff., *Arch.* VII. 337, XII. 50, XIV. 103. (Nella sentenza riferita sotto gli ultimi due numeri è deciso, che al legatario dell'eredità non compete il *remedium ex l. ult. C. de ed. D. Hadriani tollendo*). Nè maggiormente può affermarsi, che il legato d'eredità dia diritto reale almeno sulle singole cose ereditarie, anzi ancor meno, poichè le cose ereditarie e l'eredità come unità non possono ad un tempo costituire l'oggetto del legato. Ciò anche è confermato dalla eccezione contenuta nella Nov. 108 c. 2 (nota 13). Di div. op. Mayer, *Legati* § 12 nota 6. 7; ma v. E. A. Seuffert, *Il divieto d'alienazione nei legati universali e singolari* [das Veräusserungsverbot bei Universal- und Singularvermächtnissen] p. 40 sg. (Il v. Löhr, *Mag. per la GP. e la legislaz.* IV p. 90 sg. allegato da questo scrittore per la opposta opinione ritiene invero, che la l. 1 C. cit. si riferisca anche ai legati di eredità, ma non, che essa attribuisca effetto reale al legato d'eredità, v. *ib.* p. 88 sg. 93). Di div. op. anche Brinz 2ª ediz. III p. 442.

(2) L. 61 [59] pr. l. 82 [80] D. *h. t.* Lo stesso vale, se egli diventa erede di un debitore dell'eredità, l. 60 [58] pr. D. *h. t.*

(3) L. 28 [27] § 11 D. *h. t.* Similmente nel caso di successione ad un creditore dell'eredità, arg. l. 60 [58] pr. cit.

tore[4]. Ma colla restituzione dell'eredità rivivono i rapporti giuridici estinti[4a]. L'onerato può inoltre riscuotere i crediti ereditari, e risponde dei debiti ereditari[5]. Egli acquista i frutti dell'eredità, e li ritiene anche, se ragioni d'indole generale o una disposizione del testatore non stabiliscano una obbligazione alla restituzione[6].

D'altra parte l'onerato, sebbene erede effettivo, è però gravato appunto dall'obbligo alla restituzione dell'eredità. Quindi egli deve conservare intatta l'eredità fino alla restituzione. Per la negligenza egli risponde secondo le regole generali[7]. Le alienazioni di cose ereditarie sono nulle[8],

(4) L. 75 [73] § 1 D. *h. t.* Anche qui deve valere lo stesso, se la confusione si verifica fra lui come erede ed un terzo.

(4a) L. 75 [73] § 1 D. *h. t.* « *Cum ex Trebelliano SC° restituitur hereditas, servitutes, quas mutuo praedia heredis et testatoris habent, nihilominus valent* ». Cfr. l. 57 pr. D. *de usufr.* 7. 1. Un eguale riconoscimento dell'immediata reviviscenza non si contiene nelle fonti pei rapporti giuridici di obbligazione; piuttosto esse indicano come il mezzo acconcio per provvedere, che l'obbligo dell'erede nascente dal legato diminuisca o s'aumenti dell'importo di quanto è perduto od acquistato per confusione. V. i passi citati nelle note 2 e 3. Quanto alla l. 60 [58] pr. D. *h. t.*, si potrebbe invero propendere a scorgere la ragione della sua decisione in ciò, che essa non tratta del caso, in cui l'erede era creditore del testatore, ma di quello, in cui egli successivamente ha ereditato da un debitore dell'eredità; ma perchè dovrebbe pei due casi valere un diverso diritto? Se colla restituzione dell'eredità non vengono senz'altro revocati i mutamenti, che l'eredità ha subìto nella persona dell'erede a causa di una riunione posteriormente sopravvenuta d'un diritto ereditario col corrispondente obbligo, perchè dovrebbero essere revocati quelli, che hanno la loro base in una riunione iniziale di tale maniera? Ed affatto decisiva è la l. 61 [59] pr. D. *h. t.* Si ha pertanto qui un'evoluzione incompiuta del diritto romano. Ma di fronte alla l. 75 [73] § 1 cit. io non dubito, che noi siamo autorizzati, a fare quel passo, che è evitato dalle fonti. E cfr. anche I § 249 nota 6 alla lettera *b*, inoltre l. 87 § 1 D. *de A. v. O. H.* 29. 2. Cfr. pure Friedmann, *Gli effetti della confusio secondo il d. rom.* (Diss. inaug. di Greifswald 1884) p. 8. 57 sg.

(5) L. 28 [27] § 7 D. *h. t.*, l. 104 D. *de sol.* 46. 3. — Cfr. pure l. 72 [70] § 1 D. *h. t.*

(6) V. § 647 nota 13. 14. 15. Diversamente i frutti scaduti prima dell'adizione dell'eredità. Cfr. in genere Hoffmann, *Riv. pel dir. e per la proc. civ. N. S.* I p. 85 sg. (1845), Brinz 1ª ediz. p. 907 sg.

(7) V. § 647 nota 7. La l. 23 [22] § 3 D. *h. t.* presuppone la restituzione della intiera eredità. Mommsen, *Contributi* III p. 393 nota 5. Altri (Sintenis III

eccetto che esse siano imposte dalle regole d'una buona amministrazione[9]; sieno fatte allo scopo di costituire una dote od una donazione nuziale al coniuge in mancanza di altro patrimonio[10]; alienante ed acquirente siano in buona fede[11]. Ma il testatore può concedere all'onerato anche di intaccare l'eredità fino ad una certa concorrenza. Se l'onere tende a che l'onerato debba restituire quanto dell'eredità esisterà ancora alla sua morte, l'onerato può intaccare l'eredità fino a tre quarti[11a], e spendere anche l'ultimo quarto per il riscatto di prigionieri, o per sè nel caso di necessità, ed in ispecie anche per la costituzione d'una dote o per una donazione nuziale, se egli non ha altro patrimonio[12]. Se egli intacca l'ultimo quarto senza avervi

---

§ 219 nota 15, Arndts § 583 alla lett. *c*) da questo passo deducono la massima, che l'erede, in caso di restituzione parziale, risponda soltanto della *diligentia quam suis*. Ma in ogni caso la limitazione della restituzione non è nel passo posta in rilievo, e le parole « *non rebus suis consueta neglegentia* » contengono soltanto una esplicazione del concetto della *lata culpa*.

(8) L. 3 § 2-4 C. *comm. de leg.* 6. 43. E. A. Seuffert, *Il divieto legale d'alienazione nei legati singolari ed universali* p. 52 sg. 64 sg. Vige il divieto d'alienazione anche per i crediti? Il legislatore difficilmente ha pensato a questo caso; ma non mi pare possa mettersi in dubbio, che l'estensione sia conforme al suo spirito. Così anche Sintenis III § 213 not. 15; di div. opin. Seuffert p. 71 sg., Dernburg III § 120 nota 6. [Donazione rimuneratoria: Seuff., *Arch.* LI. 272.]

(9) L. 23 [22] § 3 D. *h. t.* Seuffert p. 126 sg.

(10) Nov. 39 C. 1 (Auth., *Res quae subiacent* C. *comm. de leg.* 6. 43), l. 23 [22] § 4 D. *h. t.* Marezoll, *Mag. per la GP. e per la legislaz.* IV p. 223 sg. Seuffert p. 119 sg.

(11) L. 39 § 7 D. *de leg.* II°. Seuffert p. 80 sg. — Che l'alienazione è valida anche quando il testatore l'ha permessa, od il legatario v'acconsente, è intuitivo. Cfr. l. 11 C. *de fideic.* 6. 42. Seuffert p. 121 sg. Del pari è intuitivo, che il divieto d'alienazione non può frapporre alcun ostacolo al soddisfacimento dei creditori dell'eredità. Cfr. l. 114 § 14 D. *de leg.* I°, l. 38 pr. D. *de leg.* III°. Seuffert p. 96. Ma una effettiva eccezione è insita ancora nella disposizione sul *fideicommissum eius quod superfuturum est* indicata nella nota 13.

(11*a*) Seuff. XLVII. 125. [Tre quarti intaccabili senz'obbligo di renderne conto].

(12) Nov. 108. Diritto anteriore: l. 56 [54]. 60 [58] § 8. D. *h. t.*, l. 25 § 16 D. *de H. P.* 5. 3, l. 70 § 3 l. 71 D. *de leg.* II°. Seuffert p. 115 sg. Seuff., *Arch.* II. 74. 209, III. 82, V. 208, VIII. 73. 74, XI. 260, XXXIV. 137, XXXVIII. 326. [v. Hammerstein-Gesmold, *il fedecommesso sul residuo* (das F. auf den

diritto, il legatario può esigere da lui il risarcimento, e, nel caso di insolvenza, ripetere anche dal terzo possessore ciò che è stato alienato[13]. L'obbligo di cauzione dell'onerato è soggetto ai principii generali (§ 648 num. 2)[14-14a].

2. La restituzione.

§ 666.

La restituzione dell'eredità consiste nella dichiarazione della volontà, che il legatario abbia l'eredità[1]. Questa dichiarazione può essere accompagnata dalla consegna del possesso o manifestata per via di essa; ma non è essenziale per la restituzione la consegna del possesso[2]. — L'oggetto della restituzione è costituito dall'eredità nello stato in cui si trova, o in cui si troverebbe, se l'onerato avesse soddisfatto ai suoi obblighi relativamente ad esse. Ciò che l'onerato ha sul patrimonio del testatore in qualità

Ueberrest), Diss. di Gottinga 1896. Rudolph, *il fedecomm. del residuo secondo il dir. com. ed il prussiano* (das F. des Ueberrestes nach gem. u. nach preuss. R.), diss. di Erlangen, 1897.]

(13) Nov. 108 c. 2.

(14) Cfr. Seuff., *Arch.* II. 74, V. 208; XVII. 74. Obbligo di fare inventario: Seuff., *Arch.* V. 208, XXI. 63.

(14a) Seuff. XLIV, 34: nella permissione di fare disposizioni di ultima volontà, accordata dal testatore, non si contiene quella di fare disposizioni fra vivi.

(1) Secondo le l. 26 § 2 l. 27 D. *de leg.* 1° l'onerato di un *legatum hereditatis*, se questo *legatum* si riferisce soltanto ad una parte dell'eredità, può a sua scelta liberarsi anche col valore pecuniario di ciò che si deve prestare, e si trova anche affermato (v. Löhr, *Mag. per la GP. e la legislaz.* IV p. 93, Mayer § 13 lett. *b*), che secondo il diritto Giustinianeo ed odierno ciò valga pel legato di eredità in genere. Questa affermazione non può essere approvata. Il menzionato passo è stato accolto dai compilatori o per una svista, o nel senso che debba avere applicazione, quando il testatore abbia palesemente mostrato, che egli non intendeva legare l'eredità come eredità (come unità). Cfr. § 662 nota 1, ed Arndts, *Diz. G.* VI p. 323, Unger § 20 not. 6. § 666.

(2) L. 38 [37] pr. D. *h. t.* Cfr. l. 38 [37] § 2 — l. 40 [39] l. 41 [40] § 2 l. 42 [41]. 43 [42] pr. l. 68 [66] § 1 D. *h. t.* [Obbligo di manifestazione nel fiduciario: Trib. dell'Imp. *Sent.* XXXVI p. 192 sg. Azione di fedecommesso rivolta alla effettuale restituzione e manifestazione: Seuff., *Arch.* L. 185.]

diversa da quella di erede, non costituisce oggetto della restituzione[3], così il sepolcro di famiglia[4], un legato fattogli[5], o ciò che gli è stato prestato in adempimento della condizione apposta ad un'altra liberalità d'ultima volontà[6]. Se l'onerato, giusta ordine del testatore, ha facoltà di ritenere qualche cosa della eredità, ciò è da considerare come un legato singolare imposto a suo favore al legatario dell'eredità[7]. Se il legato d'eredità supera i tre quarti dell'eredità, l'erede, in conformità della legge Falcidia, può detrarre la quarta; in proposito, e specialmente rispetto alla questione, che cosa debba imputarsi nella quarta, vigono gli stessi principii, come per i legati singolari[8]. —

(3) Cfr., oltre alle leggi citate in seguito, ancora l. 61 [59] § 1. D. *h. t.*

(4) L. 43 [42] § 1 D. *h. t.*

(5) L'onorato ha i prelegati fino a concorrenza della sua quota ereditaria come eredità; quindi essi, fino a questa concorrenza, devono comprendersi nella restituzione. L. 19 [18] § 3 D. *h. t.* Però è questione d'interpretazione, se il testatore non abbia voluto, che essi si possano interamente ritenere, o viceversa, che debbano essere interamente compresi nella restituzione. L. 3 § 4 D. *h. t.*, l. 16 C. *de fideicomm.* 6. 42; l. 86 D. *ad leg. Falc.* 35. 2. Cfr. del resto Vangerow II § 523 osserv. Nr. I A. 2, Kretschmar, *Prelegati* p. 219 sg. [Pampaloni, *Per il XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini* (1892) p. 453 sg.] — Sulla questione, se debba restituirsi anche la quota ereditaria di accrescimento, v. § 603 nota 14.

(6) L. 44 § 4 D. *de cond.* 35. 1.

(7) V. § 652 nota 17.

(8) Attualmente può bene indicarsi come opinione dominante che nel legato di eredità pel computo della quarta Falcidia (l'espressione usualmente adoperata: quarta Trebellianica è senza base nelle fonti del diritto romano, sebbene quelle del diritto canonico la adoperino, v. p. es. c. 18 X. *de test.* 3. 26) vigano gli stessi principi, come pel computo della quarta Falcidia nei legati singolari. Per essa i trattati di Seuffert III § 643, Arndts § 684, Sintenis § 215 not. 24, Brinz 1ª ediz. p. 927 sg. e, con esposizione assai diffusa, Vangerow II § 536 osserv.; inoltre Rosshirt I p. 186 sg., Vering p. 796 sg., v. Lindelof, *Arch. per la prat. civ.* IV p. 436 sg. (1821), v. d. Pfordten, *De praelegatis* p. 85 sqq. (1832), v. Buchholtz, *Prelegati* p. 500 sg. (1850), Jacoby, *Riv. pel dir. e per la proc. civ. N. S.* XVI p. 58 sg. (1859), Schlagintweit, *Ann. per la dogm.* VI p. 349 sg. (1863), Dernburg, *Arch. per la prat. civ.* XLVII p. 307 sg. (1864), Brandt, nello scritto citato al § 652 nota 12 in f., p. 84 sg. (1879). La opposta opinione, secondo la quale l'onerato di un legato d'eredità dovrebbe imputare nella sua quarta anche ciò, che egli ha per elargizione del testatore,

La restituzione effettuata prima della devoluzione non è adempimento del legato d'eredità[8a]; l'avere essa o no un

---

in qualità diversa da quella di erede, era indicata da Höpfner, *Institut.* § 641 nota 1, come quella accolta nella pratica; essa si trova, con più o meno estese limitazioni, ancora nei trattati di Thibaut § 929, Puchta § 546, Göschen III § 1069, Keller § 590. Ulteriori indicazioni di letteratura in Vangerow loc. cit. Questa opposta opinione ha un appoggio abbastanza appariscente nella l. 91 D. *ad leg. Falc.* 35. 2; ma relativamente a questo passo si osservi quanto segue. *a*) Le parole: « *sed in fideicommissaria hereditate restituenda sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi... in quartam id ei imputabitur* », in coerenza alle immediatamente seguenti: « *pro ea vero parte, quam accipit a coherede, extra quartam id est quod a coherede accipitur* », si riferiscono ad un prelegato, ed il passo quindi vuol dire soltanto, che l'erede deve imputare nella sua quarta quella parte del prelegato, che egli ritiene come erede (§ 652 nota 19). Ora sicuramente le parole: « *pro ea vero parte... accipitur* » somigliano ad un glossema, come si somigliano due uova, e se si considerano come glossema, l'indicata spiegazione è senza base. In luogo di essa si presenta allora quest'altra. Nella lacuna lasciata superiormente stanno le parole: « *sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est* ». Si è in altro luogo (§ 652 nota 16-18) dimostrato, che da una parte l'imputazione d'una tale riserva o deduzione nella quarta è interamente conforme ai principî generali, ma che dall'altra parte essa in realtà è un legato imposto al legatario dell'eredità. Ma se così è, non può fare neppure alcuna differenza il fatto, che il testatore ne esprima la disposizione come legato. *b*) Le parole: « *Sed et quod implendae condicionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum est* » sono un glossema effettivo; esse sono sospette pel loro contenuto (*fideicommissum quod implendae condicionis causa datur!* si dovrebbe in ogni caso emendare: *a fideicommissario*), esse stanno in diretta contraddizione colla l. 30 § 7 D. *ad leg. Falc.* 35. 2, esse mancano nei Basilici, e nella Fiorentina sono soltanto aggiunte di seconda mano. Come glossema tratta queste parole anche T. Mommsen nella sua edizione. In altra maniera cercano di ripiegare Neuner, *Heredis institutio ex re certa* p. 111 nella nota, Dernburg op. cit. p. 316 sg.; in contrario Vangerow op. cit. Nr. III in f. — Anche i frutti vengono imputati nella c. d. quarta Trebellianica, in generale secondo i principî ordinari (§ 652 nota 20), e soltanto colla eccezione positiva indicata al § 652 nota 21. Vangerow op. cit. Nr. IV.

(8*a*) L. 10 D. *h. t.* « *Sed si ante... condicionem restituta sit hereditas, non transferuntur actiones...* ». Conseguenze di ciò: l. 114 § 11 *de leg.* I°, l. 41 § 12 D. *de leg.* III°, l. 48 § 1 D. *de I. F.* 49. 14, cfr. pure l. 77 § 10 D. *de leg.* II°. Nella l. 10 cit. si dice però anche riguardo alla restituzione « *ante diem* », che « *non transferuntur actiones* ». Cfr. in proposito I § 96 nota *b* verso la f. — Le leggi citate superiormente dopo la l. 10 *h. t.* trattano d'un *fideicommissum bonorum post mortem* (cfr. I § 96*a* nota 7). Questo caso recentemente è stato profondamente e lucidamente illustrato da F. Serafini in un parere, stampato

effetto giuridico d'altro genere dipende dall'averla o no il restituente validamente voluta[8b].

Eccezionalmente si astrae dalla effettiva esecuzione della restituzione e la si considera senz'altro come avvenuta: in caso di morte dell'erede senza che egli abbia eredi[9]; se l'erede maliziosamente si sottrae alla citazione od alla condanna[9]; se l'onerato stesso è legatario d'eredità[9]; se il legato d'eredità è espresso coll'istituire sopra una cosa determinata uno dei più eredi istituiti[10].

3. Dopo la restituzione.

a. *In caso di spontanea adizione dell'eredità.*

§ 667.

Dopo la restituzione l'erede effettivo è il legatario, l'onerato lo è ancora solamente di nome[1]. I diritti ereditari da

---

a Pisa 1886 sotto il tit. « *Ellis-Caetani contro Caetani* ». Cfr. Schneider, *Riv. crit. trim.* XXX p. 64 sg.

(8b) In particolare dall'avere egli o no voluto donare, e dall'essere valida o no la donazione. L. 12 C. *de fideic.* 6. 42. Ma questa legge fa difficoltà in quanto essa concede all'erede l'antecipata restituzione anche « *retenta quarta parte* », quindi di detrarre la quarta invece di coprirla col godimento dei frutti del tempo intermedio (§ 652 nota 20). Si deve ritenere, che questo punto nel caso presentato agli imperatori per la decisione non era controverso. Serafini op. cit. vuol rimediare colla interpretazione della volontà di legato.

(9) L. 7 § 1 C. *h. t.* Cfr. E. A. Seuffert, *Il divieto legale d'alienazione nei legati singolari ed universali* p. 52 sg. Questo scrittore nel secondo degli indicati casi esige una pronuncia contumaciale e limita il terzo ai legati d'eredità sottoposti a condizione ed a termine (condizionalità e soggezione a termine del secondo legato d'eredità). L'una e l'altra opinione non trovano alcun punto di appoggio nella lettera della legge; la seconda coincide con un'altra opinione di questo scrittore, contro la quale io mi sono già dichiarato al § 648 nota 19 secondo capoverso. V. però anche Brinz 2ª ediz. III p. 443 nota 35.

(10) L. 13 C. *de her. inst.* 6. 24. Cfr. § 553 nota 11.

§ 667. (1) O, espresso alla romana: egli è bensì ancora erede per lo *ius*, ma le *actiones* dell'eredità non vengono più date a lui e contro di lui. Così aveva disposto il *SC. Trebellianum*. L. 1 § 2 D. *h. t.*: — « *placet, ut actiones, quae in heredes heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sicuti rogati essent restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento*

questo punto competono al legatario, non più all'onerato; del pari è egli, non l'onerato, che sopporta gli obblighi ereditari[2]. In egual maniera è egli, non l'onerato, che può perseguire l'eredità come tutto[3]. Se gli è stata restituita soltanto una parte dell'eredità, si verificano fra lui e l'onerato, o rispettivamente fra lui ed il collegatario, i rapporti giuridici della coeredità[4]. Così pure il legatario di eredità si considera come erede quanto ai legati imposti all'eredità[5]; egli li sopporta in quella porzione per la quale gli è stata restituita l'eredità[6], e quindi intieramente, se l'eredità

---

fideicommissum restitutum fuisset ». Gai II. 253 (§ 4 I. *h. t.*): — « *post quod senatus consultum... praetor... utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur* ». Cfr. pure l. 1 § 19 D. *ut leg.* 36. 3: — « *si nomen quidem heredis apud eos integrum maneat, verumtamen effectu minus habeant hereditatis...* ». Questo contrapposto fra il diritto in sè e per sè e la sua attuazione nel giudizio non è già più pel diritto Giustinianeo che una reminiscenza storica e senza alcun significato reale; tanto più pel diritto odierno. Qui la cosa procede come nel trapasso dei crediti (II § 329). [Seuff., *Arch.* L. 185.]

(2) Ma, secondo il concetto romano, il legatario ha le cose ereditarie soltanto *in bonis* e le azioni ereditarie soltanto come *utiles*, e l'onerato, se venga convenuto, abbisogna della inserzione d'una *exceptio* nella formola. V. l. 65 [63] pr. l. 28 [27] § 7 D. *h. t.* ed i passi della precedente nota.

(3) Dig. 56 *de fideicommissaria hereditatis petitione.*

(4) L. 28 [27] § 11 D. *h. t.*

(5) V. su questo punto specialmente Vangerow II § 559. Inoltre: Rosshirt, *Legati* I p. 179 sg. 217 sg. e nella sua *Rivista* IV p. 214 sg. Stemann, *Temi di Elvers N. S.* I p. 278 sg. Puchta, *Lez.* sul § 557.

(6) L. 2. C. *h. t.* « *Ad eum, cui ex Trebelliano SC° pars hereditatis restituitur, successionis onera seu legatorum, praestationem pro competente portione spectare, indubitati iuris est* ». L. 1 § 20 D. *h. t.*, l. 1 § 19 l. 15 § 1 D. *ut leg.* 36. 3. — Anche nel caso, in cui al legatario dell'eredità in base alla legge Falcidia vien restituita una parte dell'eredità minore di quella, che gli è legata, egli sopporta i legati soltanto per la parte che gli è restituita. In questo caso il conteggio si può anche stabilire così: secondo la volontà del testatore il legatario dell'eredità in sè e per sè sopporta i legati per quella parte, per la quale gli è legata l'eredità; ma poichè egli, per l'applicazione della legge Falcidia, soffre da canto suo una deduzione, porta, secondo la regola (§ 650 nota 5), questa deduzione in conto proporzionale sui legati assegnatigli. Il risultato è lo stesso. Ancora diversamente calcolava in questo caso il diritto antegiustinianeo. Poichè, cioè, il legatario dell'eredità in questo caso restava nella posizione d'un legatario singolare (§ 662 nota 1), egli non prendeva alcuna quota sui legati

gli è stata restituita intieramente[7]. Ed invero egli li sopporta, senza poter detrarre la quarta Falcidia, poichè egli sebbene abbia l'eredità, l'ha pur sempre come legatario[8]. Se al legatario dell'eredità l'eredità è stata restituita interamente, perchè l'erede è stato indennizzato della sua quarta mediante prelievi, i legatari, ove non basti al loro soddisfacimento quanto della eredità è pervenuto al legatario della eredità, possono rivolgersi contro l'erede, in quanto i suoi prelievi superano la quarta[9]. Del resto rimane libero al testatore di disporre diversamente, quanto alla partizione dei legati singolari fra l'erede ed il legatario dell'eredità[10].

---

singolari, ma alla volontà del testatore si dava vigore con ciò, che nel computare l'importo del legato dell'eredità i legati singolari venivano portati in deduzione proporzionalmente alle quote d'eredità legate. In questa maniera calcola la l. 2 D. *h. t.* Il risultato anche in questa specie di computo è lo stesso. (Eredità 400; essa è legata ad *A.*; a *B.* è dato un legato singolare di 300. I. Diritto anteriore. A *B.* sono legati 300, ad *A.* 400 — 300 = 100; l'erede detrae quindi a *B.* 75, ad *A.* 25. Risultato: erede 100, *A.* 75, *B.* 225. II. Diritto recenziore. L'erede restituisce ad *A.* $^3/_4$ della eredità, e ritiene $^1/_4$; *A.* sopporta $^3/_4$ del legato singolare = 225 e ritiene 75; il quarto del legato singolare, che ricade sull'erede, questo non lo paga a causa della legge Falcidia. Risultato quindi: erede 100, *A.* 75, *B.* 225. Oppure: *A.*, giusta la volontà del testatore, sopporta intieramente il legato ma poichè egli perde $^1/_4$ della eredità, detrae $^1/_4$ dal legato stesso. Risultato quindi anche qui: erede 100, *A.* 75, *B.* 225). Cfr. pure E. A. Seuffert nell'aggiunta al *Trattato* di suo padre § 644 nota 6.

(7) L'erede non ha voluto od eccezionalmente non ha potuto detrarre (§ 651) la quarta Falcidia, o per la sua quarta è stato risarcito mediante prelievi (§ 652 nota 16-18). In quest'ultimo caso però il legatario dell'eredità non è tenuto a soddisfare i legati oltre quell'importo, che dalla eredità è effettivamente pervenuto a sue mani (§ 634 Num. 3). L. 8 C. *h. t.*, l. 1 § 17. 19. 21 D. *h. t.*

(8) V. § 650 nota 4. Per contro l'erede detrae sicuramente la quarta dalla parte che ricade sopra di lui. L'opinione, che egli non abbia questo diritto, è tanto infondata, quanto l'altra, che la deduzione, che egli fa, debba venir rifusa dai legatari dell'eredità ai legatari singolari. Una opinione intermedia si ha in Meyer nella 4ª edizione del *Diritto romano privato* di Schweppe V § 940. Contro queste opinioni v. Vangerow loc. cit. Nr. 3.

(9) L. 1 § 17 D. *h. t.*

(10) Se il testatore ha disposto, che soltanto l'erede debba sopportare i legati singolari, nel caso di lesione della quarta Falcidia ciò che va detratto si riparte proporzionalmente sul legato d'eredità e sui legati singolari. Di questo caso

b. *In caso di adizione coatta dell'eredità.*

§ 668.

Per la adizione coatta dell'eredità vige la particolarità, che da tale adizione l'erede non deve avere alcun danno nè alcun profitto[1]. Se quindi dopo l'adizione non esiste alcuno al quale possa farsi la restituzione, non possono i creditori rivolgersi contro l'erede, ma l'eredità viene ad essi rilasciata come priva d'erede[2]. Se chi ha esercitato la coazione ricusa di prendere l'eredità, è trattato giuridicamente come se l'avesse presa[3]. Se il legato d'eredità si riferisce soltanto ad una quota, l'autore della coazione deve prendere l'intiera eredità, ma reciprocamente può anche esigere la restituzione dell'intiera eredità[4]. In egual maniera l'autore della coazione può pretendere la restituzione dell'eredità pupillare devoluta all'erede, se la sostituzione pupillare è giunta ad efficacia unicamente per la coatta adizione d'eredità[5]. Inoltre l'erede non riceve il

---

tratta la l. 3 pr. D. *h. t.*, la quale però, in conformità al *SC. Pegasianum*, concepisce il legatario dell'eredità come legatario singolare (§ 662 nota 1). — Non è insita una deroga nella disposizione che l'eredità (l'intiera eredità) debba restituirsi sotto deduzione dei legati singolari, o che debba restituirsi il sopravanzo della eredità. Il risultato di questa disposizione è, che il legatario dell'eredità sopporta da solo i legati singolari, come egli, giusta la volontà del testatore, li avrebbe sopportati da solo anche senza questa disposizione (nota 6). Di questa disposizione si fa parola nella l. 3 § 2 l. 17 [16] § 3 l. 53 [51] D. *h. t.*

(1) § 7 i. f. I. *h. t.* — « *nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente* ». L. 4 l. 28 [27] § 2 D. *h. t.* Cfr. pure § 664 nota 3. 4. §668.

(2) L. 11 § 2 D. *h. t.*, l. 1 § 6 D. *de separ.* 42. 6.

(3) L. 46 [44] pr. l. 69 [67] pr. D. *h. t.*

(4) L. 1 § 9 l. 17 [16] § 4. 5. 8. 9 l. 29 [28] pr. § 1 D. *h. t.*, l. 28 [27] § 14 l. 55 § 3 i. f. D. *h. t.*

(5) Cioè, se egli è istituito da solo. L. 28 [27] § 2 D. *h. t.* Anche se egli non è istituito da solo, deve restituire l'eredità pupillare quando la sostituzione pupillare non è letteralmente rivolta alla sua persona, ma a colui, « che sarà mio erede ». L. 28 [27] § 2 cit., l. 55 § 3 i. f. D. *h. t.*

legato imposto a suo favore all'autore della coazione[6], e non può a sua volta detrargli la quarta Falcidia[7]. Invece egli ritiene ciò che ha ricevuto allo scopo d'adempimento della condizione d'una disposizione d'ultima volontà[8], inoltre i frutti ereditari ricavati nel tempo intermedio[9].

La posizione del legatario dell'eredità in caso d'adizione coatta ha la peculiarità che egli può ora detrarre la quarta Falcidia, che l'erede avrebbe potuta detrarre[10].

---

(6) L. 57 [55] § 3 D. *h. t.*

(7) L. 4 l. 16 [15] § 4 l. 57 [55] § 3 i. f. D. *h. t.* Ma è pur vero che soltanto all'autore della cauzione egli non può detrarre la quarta, l. 17 [16] § 9 D. *h. t.*

(8) L. 44 § 4. 5 D. *de cond.* 35. 1. — « *et benignius est, in hoc casu nihil ei auferri* ».

(9) L. 28 [27] § 1 D. *h. t.*, cfr. l. 65 [63] § 4 *eod.* Poichè egli li ha ricavati « *neglegentia petentis, non iudicio defuncti* », l. 23 [22] § 2 D *h. t.* Ciò vale anche per il caso, in cui il testatore ha disposto, che l'erede debba restituire l'eredità soltanto dopo un certo termine; l'erede avrebbe perduto questo vantaggio, se il legatario dell'eredità si fosse presentato subito. V. però anche Brinz 2ª ediz. III p. 446 nota 49.

(10) Quindi non pur sempre dai legati imposti a lui stesso. L. 57 [55] § 2 l. 65 [63] § 11 D. *h. t.*

CAPITOLO VI.

APPENDICI

I. L'indegnità di succedere*.

A. *In generale.*

§ 669.

Vi sono casi nei quali il diritto stesso ritoglie ad alcuno ciò che egli, secondo il diritto, riceve dalla successione, perchè non merita d'averlo[1]. Casi di tale specie si presentano egualmente nelle eredità e nei legati, e quanto alle eredità, tanto in quella intestata come in quella conferita dal testatore[2]. Perciò la teoria della indegnità costituisce una appendice all'intiero diritto ereditario[3].

(*) Dig. 34. 9 *de his quae ut indignis auferuntur.* Cod. 6. 35 *de his quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad SC. Silanianum.* — Zimmern, *Programma del diritto ereditario* p. 78 sg. (1823). Mayer, *Diritto ereditario* § 140-144 (1840). Heimbach, *Diz. G.* IV p. 48 sg. (1833). Wächter, *Arch. per la prat. civ.*, XXIII p. 51 sg. (1840). Keller, *Istituzioni* p. 390 sg. (1861). Zimmermann, *Arch. per la GP. prat.* N. S. XII p. 355 sg. (1880). Köppen, *Trattato* p. 146 sg., Vangerow II § 565, Sintenis III § 205, Brinz 1ª ediz. § 206. 2ª ediz. III p. 52 sg. 198 sg. [W. Eck, *Indegnità e diseredazione secondo il dir. rom. ed il dir. com. tedesco* (Indignität und Enterbung nach r. u. gem. d. R.) Berlino 1894. Schindlbeck, *Indegnità a succedere secondo il cod. civ. con accenno al diritto finora vigente* (Erbunwürdigkeit nach dem BGB. unter Hinweis auf das bisher geltende R.) dissertaz. di Erlangen 1898.]

(1) L'istituto giuridico della indegnità a succedere si fonda sullo stesso concetto fondamentale di quello della restituzione in intiero; anche qui il diritto reagisce contro se stesso. § 669.

(2) Riferita alle disposizioni d'ultima volontà, la teoria della indegnità confina colle teorie della invalidità e della incapacità. Dalla incapacità (§ 550, § 625 nota 1) l'indegnità si distingue per ciò, che non esclude l'acquisto, dalla invalidità per ciò, che sebbene la disposizione d'ultima volontà non abbia la forza di conservare all'indegno quanto gli è elargito, conserva però di regola la forza d'escludere quelle persone, che invece di lui lo avrebbero conseguito. Quando ciò che è lasciato, come si verifica in via d'eccezione, si devolve appunto a queste per-

Ciò che vien tolto a causa di indegnità si devolve per lo più al fisco[3a]; in via d'eccezione subentrano altre persone. L'indegnità opera per lo più per le eredità e per i legati ad un tempo, talvolta soltanto per le eredità o soltanto per i legati. — Però nella esposizione dei casi d'indegnità non si deve porre a base alcuno di questi due contrapposti, ma quello delle cause, dalle quali dipende l'indegnità. Queste cause si classificano sotto i seguenti punti di vista: 1) mancanza contro la persona dell'ereditando; 2) mancanza contro l'ultima volontà; 3) mancanza contro la legge; 4) infirmazione della volontà di conferire la liberalità[4].

---

sone, l'indegnità quanto alla sua forma giuridica è effettivamente invalidità, e si distingue dagli altri casi di invalidità solamente in quanto si verifica come pena dell'onorato. Cfr. anche Unger § 5 not. 4.

(3) La espressione *Erbunwürdigkeit* (indegnità di ereditare) non è del tutto acconcia per una doppia ragione. Anzitutto perchè l'indegnità non si riferisce solamente alle eredità; poi perchè l'espressione indegnità per alcuni casi di questa classe è troppo forte, p. es. nel caso di revoca, senza le debite formalità, della istituzione d'erede. Ma non soccorre una migliore designazione. La parola straniera *Indignität* mi pare ancor meno raccomandabile ed inoltre non consente alcuna designazione aggettivale. — Sull'odierna applicabilità della teoria della indegnità cfr. Sintenis III p. 661 nella nota. Zimmermann loc. cit. afferma l'odierna inapplicabilità della maggior parte delle infra menzionate disposizioni del diritto romano; ma non apparisce sempre chiaro, se egli voglia esclusa semplicemente la devoluzione al fisco (nota 3*a*), o assolutamente la perdita comminata all'*indignus*.

(3*a*) Zimmermann loc. cit. è d'opinione, che secondo il diritto odierno la devoluzione al fisco sia esclusa per ciò, che con essa verrebbe indirettamente di nuovo introdotta la pena della confisca. Ma il punto di vista, da cui si fa la privazione in danno dell'indegno, non è di diritto penale. V. pure Mandry § 22 nota 19, Köppen p. 154, Binding, *Manuale del diritto penale* I p. 304 nota 27 in f. Come Zimmermann, Dernburg III § 60 in f. [Non decisivo Seuff., *Arch.* LIV 155 sg. (Trib. dell'Imp.).]

(4) Oltre ai casi d'indegnità menzionati in seguito, altri annoverano ancora come tali i casi d'incapacità menzionati al § 535 nota 9 sotto le lit. *a. b. c.* Cfr. Vangerow op. cit. Nr. II. B. 1. 2, Sintenis op. cit. Lit. B. 3. 6, Zimmermann p. 385 sg., dall'altra parte Keller op. cit. p. 414. V. inoltre § 670 nota 9, § 673 nota 2.

B. *I casi d'indegnità.*

1. Mancanza verso la persona dell'ereditando.

§ 670.

1. Chi intenzionalmente o per negligenza ha cagionato la morte dell'ereditando, perde, a favore del fisco, l'eredità e il legato[1].

2. Del pari l'erede che non vendica con persecuzione giudiziaria l'uccisione dell'autore, o per la cui negligenza la persecuzione giudiziaria non ha luogo[2]; però la minore età scusa[3].

3. Chi ha impugnato la capacità giuridica dell'ereditando perde a favore del fisco ciò che da quello gli è lasciato[4].

4. Chi ha fatto una denunzia a carico del testatore perde a favore del fisco il legato lasciatogli[5].

5. Perde l'eredità a favore del fisco, chi in vita dell'autore senza consenso di lui ne ha disposto per contratto[6].

---

(1) L. 3 D. *h. t.*, l. 10 C. *h. t.*, l. 7 § 4 D. *de bon. damn.* 48. 20, l. 9 D. *de l. F.* 49. 14. Keller p. 390, Vangerow Nr I. A, Wächter p. 52, Zimmermann p. 362 sg. Seuff., *Arch.* XVII. 265, XX. 52, XXXII. 59, XLIII. 34. Cfr. pure Mandry, *Arch. per la prat. civ.* LX p. 43. 44. § 670.

(2) L. 21 l. 17 D. *h. t.*, l. 8 § 1 l. 15 l. 28 D. *de SC. Silan.* 29. 5, l. 1. 7. 9. C. *h. t.* L'obbligo della persecuzione giudiziaria incombe soltanto all'erede; però questi perde non solamente l'eredità, ma anche il legato che gli sia stato fatto, l. 15 § 1 D. *de SC. Silan.* 29. 5. Sintenis § 205 not. 9 crede, che questa disposizione oggidì sia inapplicabile, « per ragioni morali »: anche Wächter p. 55 e Zimmermann p. 370 sg. sono per la inapplicabilità; l'applicabilità è sostenuta da Mühlenbruch, *Cont. del Glück* XLIII p. 477.

(3) L. 6 C. *h. t.*

(4) L. 9 § 2 D. *h. t.* Cfr. Keller p. 392, Vangerow Nr. I. A. 5. Sintenis loc. cit. ritiene inapplicabile anche questa disposizione; lo sarebbe, se fosse necessario intendere quella impugnativa dello « *status* », della quale parla la legge, solamente come impugnativa della libertà. Per l'inapplicabilità anche Zimmermann p. 375.

(5) L. 1 D. *h. t.* Ma in questo caso devesi anzitutto por mente, se non sia da ritenere una tacita revoca del legato (§ 640 nota 6). Cfr. Keller p. 392 alla lett. *c*, Zimmermann p. 373.

(6) L. 2 § 3 D. *h. t.*, l. 29 § 2 l. 30 D. *de don.* 39. 5. Questi passi parlano sol-

6. Chi non ha preso cura dell'ereditando infermo di mente, perde l'eredità a favore della persona, che lo ha curato[7].

7. Chi non ha riscattato dalla prigionia l'ereditando, perde l'eredità a favore della chiesa del suo domicilio, affinchè questa la impieghi nel riscatto di prigionieri. L'età inferiore ai 18 anni scusa[8-9].

2. Mancanza contro l'ultima volontà.

§ 671.

1. Chi attacca l'ultima volontà come falsa o come contraria al diritto degli eredi necessari, ove soccomba nell'attacco, perde a favore del fisco ciò che gli è lasciato in

---

tanto della donazione dell'eredità, ed a questa vuol limitare la disposizione Sintenis not. 11; per la estensione Hasse, *Mus. renano* [II p. 218. V. pure l. 30 C. *de pactis* 2. 3. Oggidì inapplicabili secondo Zimmermann p. 377.

(7) Nov. 115 c. 3 § 12. c. 4 § 6. Osenbrüggen, *Per la interpretazione del corpus iuris civilis* p. 44 sg. Per l'odierna inapplicabilità Zimmermann p. 387.

(8) Nov. 115 c. 3 § 13. Sintenis not. 15. Anche qui Zimmermann p. 387 afferma l'odierna inapplicabilità.

(9) Da altri (così da Vangerow Nr. II. B. 5, Zimmermann p. 485), in base alla Nov. 22 c. 46. 47 pr., viene ricollegata a questo punto anche la massima, che chi si rende responsabile verso i suoi fratelli o sorelle di certe colpe (insidia alla vita, istituzione di un'accusa criminale, spogliazione patrimoniale o tentativo di essa), perderebbe la loro eredità intestata a favore degli altri eredi *ab intestato*. Ma secondo il complesso della Novella (c. 21. 22. 26. 27. 46) non mi par dubbio, che noi non siamo autorizzati ad andar oltre il contenuto immediato dei menzionati passi. Ora questo contenuto è il seguente. Se un coniuge vedovo passa a seconde nozze (il passo parla soltanto della vedova, ma v. II § 511 nota 9), egli perde a favore dei figli del primo matrimonio ciò, che ha conseguito sul patrimonio del primo coniuge per successione ad un figlio del primo matrimonio, e ne conserva soltanto l'usufrutto; se il caso che dà luogo all'apertura dell'eredità si verifica in un'epoca, in cui egli è già nuovamente unito in matrimonio, perde immediatamente la proprietà a favore dei figli del primo matrimonio. Ma nell'uno e nell'altro caso non devono partecipare ai beni perduti quei figli, che si son resi colpevoli contro i loro fratelli e sorelle delle suindicate colpe. Ora è palmare, che d'una indegnità ad essere erede può farsi parola soltanto nel secondo dei passi menzionati, poichè solo in questo caso i fratelli e sorelle sono esclusi da una successione. Ma anche in questo

tale ultima volontà[1]. Del pari chi appoggia colui che attacca[2]. La minore età scusa[3].

2. Lo stesso concetto sta a base della disposizione per cui il sostituito pupillare perde a favore del fisco l'eredità pupillare, se egli senza risultato accusa la madre del pupillo di supposizione d'infante[4].

3. Chi distrugge il documento della disposizione d'ultima volontà perde a favore del fisco quanto egli per tale modo viene a lucrare[5].

4. L'occultazione del testamento è punita nel legatario colla perdita a favore dell'onerato del legato lasciatogli nel testamento[6].

5. La sottrazione di cose ereditarie è punita nell'erede colla perdita a favore del fisco della quarta Falcidia[7], nel legatario col togliergli il legato a favore dell'onerato[8].

6. L'impedimento doloso alla formazione d'un atto di ultima volontà fa sì che colui che impedisce perda a favore del fisco ciò che egli riceve della eredità in conseguenza dell'impedimento[9]. L'indurre dolosamente ad un atto d'ul-

---

caso difficilmente è da ammettere la indegnità, bensì piuttosto la incapacità. Cfr. Keller p. 416, Wächter p. 55, ma particolarmente Marezoll, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* IV p. 415 sg. (che va troppo oltre solo in quanto esclude i fratelli e sorelle unicamente per via di diseredazione).

(1) L. 5 § 1 l. 6 l. 16. 24 D. *h. t.*, l. 13 § 9 l. 29 § 1 D. *de l. F.* 49. 14; l. 4 l. 5 § 14 l. 15 D. *h. t.*; l. 5 § 8 D. *h. t.*, l. 8 § 14 l. 22 § 2. 3 D. *de inoff.* 5. 2, l. 13 § 9. D. *de I. F.* 49. 14. V. pure l. 2 pr. D. *h. t.*, l. 22 D. *de vulg.* 28. 6, l. 5 § 4 D. *de leg. praest.* 37. 5. Keller p. 393-399. Cfr. pure Sintenis not. 10. Inapplicabili secondo Zimmermann p. 374.

(2) L. 5 § 10-13 l. 22 D. *h. t.*, l. 30 § 1 D. *de inoff.* 5. 2.

(3) L. 5 § 9 D. *h. t.* Cfr. l. 22 *eod.*, l. 2 C. *h. t.*, Paul, *Sentent.* V. 12 § 4.

(4) L. 16 pr. D. *h. t.* Zimmermann p. 380 (per la inapplicabilità).

(5) L. 26 l. 4 § 1 D. *de lege Corn. de fals.* 48. 10. Cfr. Keller p. 399 sg. Entrambi i passi parlano soltanto del figlio nel rapporto al padre; per l'estensione Keller loc. cit., contro la stessa Zimmermann p. 382, il quale però ritiene inapplicabile l'intiera disposizione.

(6) L. 25 C. *de leg.* 6. 37.

(7) L. 6 D. *h. t.*, cfr. l. 24 pr. l. 68 § 1 D. *ad leg. Falc.* 35. 2.

(8) L. 50 [48] D. *ad SC. Treb.* 36. 1, l. 5 C. *de leg.* 6. 37.

(9) V. § 548 nota 9. Per l'inapplicabilità Zimmermann p. 376.

tima volontà rende questo invalido a favore di chi per esso resta escluso; ma se l'escluso è lo stesso raggiratore, o non esiste un escluso, subentra egualmente il fisco[10].

7. Il ritardo nella prestazione d'un legato, se dura oltre un anno non ostante interpellazione giudiziale, fa sì che il moroso perda ciò che gli è legato a favore delle persone indicate nella nota 16 del § 648[11].

3. Mancanza contro la legge.

§ 672.

1. Chi, durante la vita dell'ereditando, allo scopo di eludere la legge, secretamente imprende a rimettere l'eredità od una parte della stessa ad una persona incapace, non può ritenere ciò che deve essere rimesso, ma lo perde a favore del fisco, anche inclusa la quarta Falcidia[1].

2. La donna, che vive con un uomo in illeciti rapporti sessuali, perde a favore del fisco ciò che le è lasciato dall'uomo[2].

3. Le persone, che vivono in matrimonio vietato, perdono a favore del fisco ciò che l'una lascia all'altra[3].

4. Infirmazione della volontà di conferire la liberalità.

§ 673.

Appartiene a questo punto il caso in cui una istituzione d'erede è revocata, ma non nella debita forma. Ad onta

---

(10) V. § 548 Num. 1.

(11) Nov. 1 c. 1. 4.

§ 672. (1) L. 10. 11. 18 D. *h. t.*, l. 17 § 2 D. *de usur.* 22. 1, l. 59 § 1 D. *ad leg. Falc.* 35. 2, l. 3 pr. § 1-4 D. *de l. F.* 49. 14, l. 40 *eod.*, l. 103 l. 123 § 1 D. *de leg.* I°. C. d. *fideicommissum tacitum*. Cfr. Keller p. 408-414, Zimmermann p. 375 (questi per l'inapplicabilità).

(2) L. 14 D. *h. t.*, l. 41 § 1 D. *de test. mil.* 29. 1. Cfr. Savigny II p. 557 sg., Keller p. 407 sg., Vangerow Nr. I. A. 10, Wächter p. 53. 56, Dernburg III § 60 nota 11.

(3) L. 4. C. *de incest. nupt.* 5. 5, l. 2 § 1. 2 l. 13 D. *h. t.*, l. 128 D. *de leg.* I°. Wächter p. 54, Zimmermann p. 380 (per l'inapplicabilità).

della revoca, l'istituzione d'erede è tenuta ferma in quanto esclude i chiamati più prossimi; ma non a favore dell'istituito, perchè a questo manca la propria volontà dell'ereditando, e perciò l'eredità si devolve al fisco[1]. Diversamente si trattano i legati; questi diventano invalidi anche per la revoca priva di formalità; per modo che l'onerato li ritiene (§ 640). Ed anche quanto alle istituzioni d'erede, il diritto romano in altri casi di deficienza della volontà propria di fronte alla formale sussistenza giuridica della disposizione ha fatto luogo non già all'indegnità, ma all'invalidità, per modo che l'eredità viene deferita, come dovrebbe esserlo in mancanza di tale disposizione[2].

---

(1) L. 3 D. *de his quae in test. del.* 28. 4, l. 12 l. 16 § 2 D. *h.t.*, l. 4 C. *h. t.* Secondo le tre prime di queste leggi, neppure nella cancellazione (*inducere*) del nome dell'erede istituito si conterrebbe la debita espressione della volontà di revoca, e quindi in seguito ad essa avrebbe luogo soltanto la indegnità. In qual rapporto a queste leggi stiano altre leggi, che dicono, o sembrano dire, l'opposto, l. 2, D. *de his quae in test. del.* 28. 4, l. 2 § 7 l. 8 § 3 D. *de B. P. s. t.* 37. 11 è dubbio. Io ritengo inammessibile distinguere, come alcuni fanno, se il testatore cancellando il nome abbia voluto revocare l'istituzione d'erede, o se abbia voluto dichiarare indegno l'istituito: nella dichiarazione d'indegnità sta appunto una revoca. In contrario si può pensare ad una evoluzione storica (cfr. Keller p. 411, P. Krüger, *Saggi critici nel campo del diritto romano* [kritische Versuche im Gebiete des römischen Rechts] p. 11); Krüger op. cit. p. 12 e Leist, *Cont. del Glück* Serie dei libri 37 e 38 IV p. 276 (cfr. p. 223 sg.) riferiscono la l. 2 § 7 e la l. 8 § 3 D. *de B. P. s. t.* al caso della cancellazione prima del compimento del testamento (cfr. l. 1 § 1. 2. 4 *de his quae in test. delentur* 28. 4); similmente Koppen p. 150. Cfr. pure Schirmer, *Riv. della fond. Sav.* V p. 9 sg. Se esiste effettivamente una contraddizione, noi non abbiamo alcun motivo per risolverla a favore del fisco, mentre una conciliazione esteriore può trovarsi in ciò, che le leggi che trattano del diritto del fisco siano riferite al caso, in cui non esistono persone, che l'indegno abbia escluse dall'eredità.

§ 673.

(2) Nel caso di mancata presupposizione o rispettivamente di errore (nel motivo determinante) e, come è da ritenere, di violenza. Sull'ultimo caso v. § 548 Num. 1, sul primo § 548 Num. 2, § 556. Che del resto nel caso di erronea presupposizione il criterio della indegnità non manca di essere rappresentato nelle fonti (l. 46 pr. D. *de I. F.* 49. 14), si è già osservato al § 548 nota 16. Anche qui è applicabile la conciliazione esteriore indicata nella precedente nota. — Gli scrittori sogliono annoverar pure fra i casi d'indegnità quelli di mancata presupposizione, nei quali la eredità o il legato in conformità alla regola si

C. *Rapporti giuridici derivanti dall'indegnità.*

§ 674.

Gli effetti della indegnità si verificano senz'altro. Se si tratta in particolare d'una eredità, colui, al quale l'eredità si devolve, ha senz'altro i diritti e gli obblighi ereditari, mentre l'indegno ritiene soltanto il nome d'erede[1]. Le disposizioni dell'indegno rispetto all'eredità sono fin da principio nulle[2]. Le perdite, che egli abbia sofferte per l'adizione d'eredità, gli vengono rifuse soltanto quando eccezionalmente non gli stia a carico alcun dolo[3]. Dei frutti egli risponde secondo le regole proprie del possessore di mala fede; nell'indicato caso eccezionale, secondo quelle proprie del possessore di buona fede[4]. L'acquirente l'eredità sopporta, come ogni altro obbligo ereditario, anche i legati[5]. Colla morte dell'indegno non cessano le conseguenze della indegnità[6]; e neppure per la sua rinunzia[7].

---

devolvono a favore di coloro che restano pregiudicati dalla disposizione, cioè: l. 5 § 2 D. *h. t.*, l. 28 § 1 l. 32-36 D. *de excus.* 27. 1, l. 25 i. f. C. *de leg.* 6. 37; l. 1 § 3 D. *ubi pup.* 27. 2; l. 12 § 4 D. *de rel.* 11. 7. V. in contrario § 669 nota 2, e cfr. pure § 636.

§ 674. (1) L. 9 § 2 l. 18 § 1 D. *h. t.*, l. 8. 9 C. *h. t.*, l. 29 § 2 D. *de don.* 39. 5, l. 29 § 1 l. 43 D. *de I. F.* 49. 14, Nov. 1 c. 1 § 4; l. 43 § 3 D. *de vulg.* 28. 6. [Seuff., *Arch.* LIV. 155 (Trib. dell'Imp.).]

(2) L. 47 § 5 D. *de adm. et per.* 26. 7.

(3) L. 8 l. 17 l. 18 § 1 D. *h. t.*, l. 29 § 1 D. *de I. F.* 49. 14, l. 21 § 1 D. *de SC. Silan.* 29. 5.

(4) L. 17 l. 18 pr. D. *h. t.*, l. 1 C. *h. t.*, l. 46 D. *de H. P.* 5. 3.

(5) L. 9 D. *de SC. Silan.* 29. 5, l. 50 § 2 D. *de leg.* I°, l. 3 § 4 l. 14 D. *de I. F.* 49. 14.

(6) L. 22 D. *de SC. Silan.* 29. 5, l. 26 D. *de lege Corn. de fals.* 48. 10.

(7) Così l'opinione dominante, Puchta § 558*d*, Arndts § 520 not. 4, Brinz 1ª ediz. p. 863, Sintenis § 205 not. 1, Köppen, *Diritto ereditario* p. 323; dubbioso e piuttosto contrario Keller p. 418. È da ritenere che i passi citati presso i menzionati scrittori (l. 9 § 2 l. 18 § 1 D. *h. t.*, l. 29 § 1 D. *de I. F.* 49. 14, l. 8 C. *h. t.*, l. un. § 12 C. *de cad. toll.* 6. 51, Nov. 1 c. 1 § 4) non somministrano la dimostrazione della massima qui stabilita; ma a favore di essa sta tutto l'insieme del diritto della indegnità. L'indegno deve essere punito, e non

II. La donazione per causa di morte *.

§ 675.

La teoria della donazione per causa di morte costituisce una appendice alla teoria dei legati. Col legato la donazione per causa di morte condivide lo stesso scopo; come il legato essa serve all'ordinamento dei rapporti patrimoniali dopo la morte, e conferisce, come esso, ciò che lo stesso autore della elargizione non è più in grado d'avere[1]. Ma la donazione per causa di morte applica al conseguimento di questo scopo mezzi diversi da quelli del legato — il contratto invece della disposizione unilaterale, l'elargizione dal patrimonio attuale invece che sull'eredità[2]. Per quest'ultimo punto essa si distingue anche dal con-

---

può dipendere dal suo arbitrio che la disposizione della legge abbia o no esecuzione a suo riguardo. Una eccezione si può quindi ammettere soltanto pel caso del § 673.

(*) V. le citazioni in II § 369; inoltre: Schirach, *Arch. per la prat. civ.* II p. 297 sg. (1819), Heimbach, *Diz. G.* IX p. 709 sg. (1855), Keller, *Istituzioni* p. 343-357 (1861). [Sul concetto: Seuff., *Arch.* XLVIII. 41 (Trib. dell'Imp.).]

(1) *Festus s. v. mortis causa stipulatio :* — « *cuius mors fuit causa* ». Appunto § 675. perciò essa è un negozio giuridico per causa di morte (I § 69 testo dopo la nota 6). Altri scorgono la caratteristica del negozio giuridico per causa di morte in ciò, che esso contenga una elargizione dalla eredità, non dal patrimonio attuale (nota 2), e in conformità qualificano la donazione per causa di morte, « sebbene essa venga fatta e chiamata *mortis causa*, pur tuttavia un *negotium inter vivos* ». Unger § 77 nota 13. V. pure v. Schröter, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* II p. 104 sg., Savigny, *Sist.* IV § 144, Zrodlowski, *D. privato rom.* II p. 258. 262.

(2) Nella donazione per causa di morte « *praesens praesenti dat* », l. 38 D. *h. t.* 39. 6. *Theoph. ad* § 1 *I. de don.* 2. 7: « ἀπὸ ζῶντος εἰς ζῶντα γίνεται ». Ciò è vero anche quando la donazione per causa di morte vien fatta sotto la condizione sospensiva della non sopravvivenza del donante (II § 369 note 2); allora appunto si elargisce un diritto condizionale. Cfr. Unger § 77 note 11. 14. Seuff., *Arch.* XL. 297. Per questa ragione la donazione per causa di morte sussiste di fronte ad un contratto ereditario anteriormente concluso? Sì: Seuff., *Arch.* XL. 216; no: *ib.* XXIX. 44, v. pure XVIII. 88.

tratto di legato (§ 632); inoltre per la revocabilità, che di regola in essa ha luogo[3].

Dallo scopo della donazione per causa di morte si desume che essa, quanto alla sua sussistenza, è dipendente dalla non sopravvivenza del donante[4]. Essa, come ogni disposizione per causa di morte, è una attribuzione alla persona come tale, e quindi senza effetto, se al tempo della morte del donante il donatario non esista più[5]. Ma lo scopo della donazione per causa di morte spiega anche il fatto, che nel corso del tempo ad essa sono stati estesi in larga misura i principii giuridici dei legati, e questa è la ragione per cui, dopo averne già trattato nella teoria della donazione (II § 369), qui si deve ancora ritornarvi sopra.

§ 676*.

1. La capacità di fare una donazione per causa di morte e la capacità di esserne onorati sottostanno alle limitazioni della capacità di legato attiva e passiva, in quanto queste limitazioni si fondano sopra un criterio penale[1]. La capacità del figlio di famiglia di far testamento

---

(3) V. II § 369 nota 4. 5. Cfr. Hasse, *Mus. Ren.* III p. 17 sg. 378, Hartmann, *Contratti ereditari* p. 73 sg.

(4) L. 32 D. *h. t.* « *Non videtur perfecta donatio mortis causa facta antequam mors insequatur* ». L. 7 l. 27 l. 35 § 2 l. 42 § 1 D. *h. t.*, Paul., *Sentent.* III. 7 § 2.

(5) V. II § 369 nota 1.

(*) W. Müller, *Sulla natura della donazione pel caso di morte* [über die Natur der Schenkung auf Todesfall] p. 29 sg. Hasse, *Mus. renano* II p. 353 sg. III p. 378 sg. v. Schröter, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* II p. 112 sg. Savigny, *Sist.* IV § 172. 173. Keller, *Istituzioni* p. 352 sg. Mayer, *Legati* § 14. Vangerow II § 562. 563.

§ 676. (1) Solamente in quanto. Così p. es. la donazione per causa di morte fatta da un pupillo *auctoritate tutoris* non è nulla (l. 1 § 1 D. *de tutelae* 27. 3), ed il figlio di famiglia col consenso del padre può fare dal suo peculio una donazione per causa di morte (l. 7 § 4 D. *de don.* 39. 5, l. 25 § 1 D. *h. t.*, cfr. § 539 nota 8). Neppure la massima stabilita nel testo è espressa nelle fonti in questa generalità. Ma v. l. 7 D. *h. t.*, l. 32 § 7 D. *de don. i. v. e. u.* 24. 1, l. 9 l. 22 l. 35 pr. l. 36 D. *h. t.*, Vat. fr. 259; Nov. 87. L. 7 cit.: « *Si aliquis mortis causa donaverit et poena fuerit capitis affectus, removetur donatio ut imperfecta, quamvis*

sul peculio castrense, si estende anche alla donazione per causa di morte[2].

2. La donazione per causa di morte può validamente farsi anche in forma codicillare[3].

3. La donazione per causa di morte è trattata come un legato di fronte ai creditori dell'eredità, cioè, le tocca la sua volta solo dopo che tutti i debiti ereditari siano saldati[4]. Essa è trattata come un legato di fronte agli eredi

---

ceterae donationes sine suspicione poenae factae valeant ». L. 9 cit.: « *Omnibus mortis causa capere permittitur, qui scilicet et legata accipere possint* ». L. 22 cit.: « *In mortis causa donationibus non tempus donationis, sed mortis intuendum est, an quis capere possit* ». Nelle decisioni di queste leggi, specialmente anche con riguardo a quelle menzionate nella nota 13, può e deve ravvisarsi il riconoscimento d'un principio. Altri invero non vogliono andar tanto oltre. Cfr. Hasse II p. 360 sg., Schröter p. 118 sg., Savigny p. 259 sg., Vangerow § 562 p. 566.

(2) L. 15 D. *h. t.*, l. 7 § 6 D. *de don.* 39. 5, l. 32 § 8 D. *de don. i. v. e. u.* 24. 1.

(3) Cioè, più precisamente: se la donazione importa più di 500 ducati, la formalità del protocollo giudiziale (II § 367 Num. 2) può supplirsi colla forma codicillare. L. 4 C. *h. t.* di Giustiniano. Opinioni divergenti sul contenuto di questa disposizione: 1) la forma succedanea in essa autorizzata sarebbe non la forma codicillare, ma l'intervento di 5 testimoni (capaci). Così Schröter p. 144. 150, Vangerow § 563 osserv. Nr. II, Sintenis III § 216 not. 21. In contrario Hasse, *Museo Ren.* III p. 410, Savigny, *Sist.* IV p. 263, Heimbach op. cit. (§ 675 *) p. 717. Giustiniano veramente non menziona la forma codicillare, ma parla soltanto dell'intervento di 5 testimoni; ma egli fa ciò equiparando la donazione per causa di morte ai legati. 2) Altri affermano, che la forma indicata nella l. 4 cit. non sia una forma semplicemente permessa, ma una forma prescritta per tutte le donazioni a causa di morte. Questa opinione, anteriormente assai diffusa, è novellamente ancora sostenuta da Müller § 27. 28, Wiederhold, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* XV p. 96 sg., Wächter II p. 825, e nelle sentenze in Seuff., *Arch.* VII. 211. 236, XV. 146 Nr. I, cfr. pure XII. 31, ma è stata confutata a fondo da Schröter p. 133 sg., Savigny p. 262, Vangerow loc. cit. Nr. I. Cfr. pure Hasse, *Mus. Ren.* p. 9. 493. Seuff., *Arch.* XXXIII. 48 e le citazioni ivi fatte, XXXIV. 317, XXXVIII. 237, XXXIX. 319, *Sent. del Trib. dell'Imp.* XV p. 218 (= Seuff., *Arch.* XLI. 278).

(4) L. 17 D. *h. t.* « *Etsi debitor consilium creditorum fraudandorum non habuisset, avelli res mortis causa ab eo donata debet. Nam cum legata ex testamento eius, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sint, possunt videri etiam donationes mortis causa factae rescindi debere, quia legatorum instar obtinent* ». L. 66 § 1. D. *ad leg. Falc.* 35. 2.

quanto alla lesione del diritto degli eredi necessari[5] e quanto alla lesione della quarta Falcidia[6]. Infine essa è trattata come un legato di fronte ai legati, cioè, essa può, come un legato, essere gravata di legato[7].

4. Alla donazione per causa di morte si applica il diritto d'accrescimento vigente per i legati[8], la particolare disciplina delle condizioni vigente per i legati[9], il divieto di transazione sopra alimenti legati senza omologazione giudiziaria[10], l'obbligo della prestazione di cauzione che v'è nel caso d'un usufrutto legale[11].

5. La donazione per causa di morte si perde per indegnità per le stesse ragioni come il legato[12].

Nonostante questa estesa equiparazione ai legati, la donazione per causa di morte è assai lontana dall'essere

---

(5) Cfr. l. 1 § 1. 5 D. *si quid. in fr. patr.* 38. 5, l. 18 § 1 D. *de B. P. c. t.* 37. 4, l. 3 pr. l. 5 § 7 l. 20 pr. D. *de leg. praest.* 37. 5. V. inoltre § 581 nota 2.

(6) V. § 650 nota 2. Cfr. Gai. II. 225. 226.

(7) V. § 626 nota 6 ed oltre alle leggi ivi citate ancora l. 1 C. *h. t.*, l. un. § 8 C. *de cad. toll.* 6. 51. Seuff., *Arch.* II. 210.

(8) L. un. § 14 C. *de cad. toll.* 6. 51.

(9) Cauzione Muciana: Nov. 22 c. 44. Remissione della *condicio iurisiurandi:* l. 8 § 3 D. *de cond. inst.* 28. 7 (cfr. I § 94 nota 15). Vedere in queste decisioni l'espressione d'un principio, non par troppo spinto. V. pure Vangerow § 562 in f., e cfr. I § 92 nota 9. § 94 nota 16.

(10) L. 8 § 2 D. *de transact.* 2. 15. Cfr. II § 414 nota 11.

(11) L. 1 § 2 D. *usufr. quemadm.* 7. 9. Cfr. I § 204 nota 6.

(12) Diversamente l'opinione dominante; ed effettivamente la proposizione stabilita nel testo non è in questa generalità espressa nelle fonti. Ma essa lo è nella Nov. 1 c. 1 § 2 per il caso menzionato nel § 671 sotto il Num. 7, senza punto accentuare, che ciò sia qualche cosa di particolare. Assai a torto si ricorre in contrario alla l. 5 § 17 D. *de his quae ut ind.* 34. 9. « *Qui mortis causa donationem accepit a testatore, non est similis in hac causa legatario* ». Nel caso contemplato in questo passo si tratta della perdita del legato per avere attaccato il testamento (§ 671 Num. 1). Ma per avere attaccato una disposizione d'ultima volontà si perde appunto soltanto ciò che è lasciato in questa disposizione. Che la decisione non è desunta dalla natura della donazione per causa di morte, si rileva assai chiaramente dal § 18, secondo il quale per l'attacco contro il testamento deve perdersi anche la *mortis causa capio* (ciò che è lasciato *condicionis implendae gratia)* in esso posta in prospettiva. Così viceversa quest'ultimo passo fornisce una prova a favore della massima stabilita nel testo.

stata interamente assorbita nel legato, e fra il diritto ad essa relativo e quello dei legati sussistono pur sempre profonde differenze[13]. La donazione per causa di morte si perfeziona soltanto coll'accettazione del donatario[14], e d'altra parte si acquista per via di questa accettazione[15]. Essa, se il valore di ciò che è donato non supera 500 ducati, può farsi senza formalità[16]. Per la capacità a fare e a ricevere la donazione, fatta astrazione dalla eccezione sopra menzionata al num. 1, vigono i principii dei contratti[17]. La sua sussistenza è indipendente da qualunque

---

(13) Gli antichi giuristi disputavano fino a qual punto potesse giungersi nello assoggettare la donazione per causa di morte al diritto dei legati. Questa controversia fu da Giustiniano decisa a favore dell'opinione più avanzata (l. 37 pr. D. *h. t.*), l. 4 C. *h. t.*, § 1 I. *de don.* 2. 7, Nov. 87 pr. In ciò egli trascende nella espressione, per modo che si potrebbe supporre, che egli abbia voluta eliminare ogni differenza fra questi due istituti giuridici, mentre egli però riconduce pure questo eccesso alla giusta misura nell'osservazione: « *constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur* » (§ 1 I. cit.).

(14) La donazione per causa di morte è necessariamente un contratto, anche astraendo da ciò che s'è detto alla nota 5 del § 365 II già per ciò, che la limitazione al caso della sopravvivenza del donatario (della non sopravvivenza del donante) può esplicarsi soltanto per via di contratto. Di div. op. Müller p. 41 sg. Cfr. Seuff., *Arch.* XIX. 246.

(15) Quindi l. 35 § 7 D. *h. t.* « *Sed qui mortis causa in annos singulos pecuniam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est: nam licet multa essent legata, stipulatio tamen una est* (*et*) *condicio eius, cui expromissum est, semel intuenda est* ». Inoltre appartiene a questo punto la disposizione finale della l. 4 D. *h. t.* la quale, quanto al suo contenuto immediato, certo non è più pratica e secondo il diritto Giustinianeo (l. un. § 5 C. *de cad. toll.* 6. 51) non contiene più nulla di particolare. « *Si servo mortis causa donatum sit, videamus, cuius mors inspici debeat, ut sit locus condictioni, domini an ipsius servi. Sed magis eius inspicienda est, cui donatum esset* (*est*). *Sed tamen post mortem ante apertas tabulas testamenti manumissum haec donatio non sequitur* ».

(16) V. nota 3.

(17) V. nota 1. La capacità del figlio di famiglia, a fare, col consenso del padre, una donazione a causa di morte dal suo peculio, nelle leggi ivi menzionate è attestata solo pel *peculium concessum* e perciò da alcuni limitata a questo (cfr. Fritz, *Arch. per la prat. civ.* VI p. 203 sg., Vangerow II § 428 osserv. Nr. II). Ma non par dubbio, che al figlio di famiglia non possa ricusarsi la stessa capacità relativamente al peculio avventizio. Il consenso del padre, dice la l. 25 § 1 D. *h. t.*, non può dare al figlio la *testamenti factio*, che egli non ha; se questo passo ciò non ostante attribuisce al figlio di famiglia la capacità di donare

vicenda dell'eredità[18]. Essa sussiste in caso di morte contemporanea del donante e del donatario, mentre il legato presuppone la sopravvivenza del donatario[19]. Essa non è soggetta a collazione[20]. Essa, ove sia rivolta al patrimonio come totalità, non produce successione universale[21-22].

III. Elargizione per causa di morte mediante apposizione di condizione*.

§ 677.

Una elargizione per causa di morte può anche essere fatta in maniera, che una istituzione d'erede od un legato si colleghi all'adempimento d'una condizione, il cui contenuto sia una prestazione ad una data persona[1]. Questa persona non ha alcuna ragione all'adempimento della condizione, ma per l'adempimento della condizione[2] ha una locupletazione, che il testatore le ha procacciata coi

---

a causa di morte, col consenso del padre, con ciò esso dichiara, che l'incapacità del figlio a donare per causa di morte, ha la sua base soltanto nella deficienza del suo diritto sull'oggetto della donazione. Arroge, che secondo l'originario concetto del diritto romano il padre sul *peculium adventicium* aveva non tanto l'usufrutto, quanto la proprietà, toltane la facoltà di disporre sulla sostanza (II § 517 nota 1).

(18) Perchè non esiste uno speciale gravato. Cfr. § 639 Num. 5.

(19) L. 26 D. *h. t.* l. 32 § 14 D. *de don. i. v. e. u.* 24. 1.

(20) V. § 610 nota 16.

(21) Questa non è tale da doversi intendere di per sè, e nelle nostre fonti non si trova alcuna traccia d'una estensione del precetto del *SC. Trebellianum* alla donazione per causa di morte. Cfr. Vangerow § 561 osserv. Nr. I. 3 e le citazioni ivi fatte.

(22) Che nella donazione per causa di morte la revocabilità possa escludersi per via di contratto, non costituisce più secondo il diritto odierno una peculiarità della stessa di fronte al legato. V. § 632 e § 564 nota 5. Si suol anche insegnare, che nella donazione per causa di morte sia escluso l'*interdictum quod legatorum*. Ma la l. 1 § 5 D. *quod leg.* 43. 3, allegata in proposito, fonda questa esclusione sulla tradizione compiuta da parte del donante.

(*) Keller, *Istituzioni* p. 357-361. E. Schlagintweit, *Ann. per la dogm.* VIII p. 318 sg. (1863).

§ 677. (1) Secondo il diritto romano anche una manomissione.

(2) Cfr. l. 8 D. *si quis om. causa test.* 29. 4, l. 44 pr. § 1 D. *de cond.* 35. 1.

mezzi dell'eredità[3]. Effettivamente un tale acquisto[4], fatta astrazione dalla mancanza della coazione inerente al legato, si eguaglia all'acquisto derivante da un legato, e quindi ad esso, come alla donazione per causa di morte, è stato esteso in larga misura il diritto dei legati. Così in ispecie colui il quale, a titolo di punizione, è stato privato della capacità passiva di legato, non può acquistare neppure in questa maniera[5], e ciò che è acquistato viene perduto per causa d'indegnità per le stesse ragioni come il legato[6]. Inoltre ricevono applicazione i principii dei legati per quanto concerne il diritto degli eredi necessari[7] ed il diritto della quarta Falcidia[8]. Un tale acquisto può essere gravato d'un legato[9]. La transazione sugli alimenti, lasciati in questa maniera, abbisogna, per la sua validità, della omologazione giudiziale[10-11].

---

(3) Coi mezzi della eredità, — « *licet non ex bonis mortui proficiscitur* », l. 36 D. *h. t.* (*de mortis causa donationibus et capionibus* 39. 6).

(4) Acquisto *condicionis implendae gratia, condicioni parendi gratia*. Cfr. II § 427 nota 9 sg.

(5) L. 9. 36 D. *h. t.* dall'altra parte l. 55 D. *de cond.* 35. 1.

(6) L. 5 § 18 D. *de his quae ut ind.* 34. 9.

(7) V. § 581 nota 7, § 582 nota 1.

(8) V. § 650 nota 2 in f., § 652 nota 11. 15.

(9) V. § 626 nota 7.

(10) L. 8 § 2 D. *de transact.* 2. 15.

(11) L'acquisto *condicionis implendae gratia* cade sotto la categoria più generale della *mortis causa capio*. Con questa espressione nel senso tecnico viene indicato ogni acquisto, che non ha un nome particolare, e che si verifica in conseguenza della morte d'una persona. L. 8 pr. l. 31 pr. l. 38 D. *h. t.* L. 31 cit.: « *Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur* ». Nella *mortis causa capio* in questo senso si annovera ancora nelle fonti, oltre all'acquisto *condicionis implendae gratia*: *a*) ciò che alcuno riceve come indennizzo per l'esperimento o non esperimento d'una ragione d'eredità o di legato, l. 8 pr. l. 21 l. 31 § 2 D. *h. t.*, l. 24 D. *de A. v. O. H.* 29. 2, l. 12 D. *h. t.* (Cfr. Seuff., *Arch.* XXIV. 135); *b*) ciò che ad alcuno è dato pel caso della premorienza d'una terza persona, l. 18 pr. l. 31 § 2 D. *h. t.* (cfr. Hasse, *Mus. Ren.* II p. 315, Savigny, *Sist.* IV p. 243, Erxleben, *Cond. sine causa* II p. 162, Unger § 77 nota 4; Keller p. 347. 348). Questa categoria generale della *mortis causa capio* non ha utilità giuridica. Se nella l. 9 D. *h. t.* si dice: « *Omnibus mortis causa*

IV. Altre disposizioni d'ultima volontà*.

§ 678.

1. Nomina d'un tutore, disposizioni sopra l'educazione dei figli. Di ciò si è già parlato in altri punti del sistema[1].

2. Disposizioni sulle modalità della sepoltura; sull'adornamento e sulla cura del sepolcro; sopra le solennità in memoria del defunto con funzioni religiose o d'altra specie, celebrazione di messe di suffragio, erezione d'un monumento e simili; sulla assunzione del nome del testatore; altre analoghe statuizioni. Se oneri[1a] di questa specie sono imposti ad un legatario, l'onerato non è tenuto a prestargli il legato fino a tanto che egli non abbia prestata sicurtà per l'adempimento dell'onere[2]. Se l'onere è imposto ad un erede, gli viene negata la persecuzione dell'eredità, ove egli ricusi l'adempimento dell'onere[3]; se egli ha coeredi, questi possono costringerlo a somministrare gli occorrenti mezzi pecuniari[4]. In caso di bisogno il magistrato può intervenire, secondo il suo apprezzamento, d'ufficio e su istanza dell'autorità ecclesiastica[5], e da ultimo chi è da

capere permittitur, qui scilicet et legata capere possunt », ciò certamente non vale per l'acquisto testè indicato alla lett. *b*, e forse neppure per quello indicato alla lett. *a* (cfr. l. 36 D. *h. t.*). Nella l. 24 D. *de A. v. O. H.* 29. 2 si collega, a quanto pare, col concetto della *mortis causa capio* la massima, che chi si è fatto dare qualche cosa per la rinunzia ad una eredità risponde verso i legatari fino alla concorrenza di ciò che ha ricevuto (§ 641 nota 9).

(*) Elvers, *Arch. per la GP. prat.* p. 114-149 (1857). Bekker § 112 nota 12, § 118 app. II.

§ 678. (1) V. II § 433 Num. 1. § 446 nota 9. § 514 nota 7. § 526 nota 5.

(1*a*) Pernice, *Labeo* III p. 32 sg.

(2) V. § 636 nota 4.

(3) L. 1 § 3 D. *ubi pup.* 27. 2, l. 8 § 6 D. *de cond. inst.* 28. 7. Cfr. § 556 nota 3. Pfeiffer, *Spiegazioni prat.* I p. 31 sg. (onere d'assumere il nome del testatore).

(4) L. 18 § 2 D. *fam. erc.* 10. 2, l. 7 D. *de annuis* 33. 1.

(5) V. § 567 nota 5, § 636 nota 5. La ivi citata l. 7 i. f. D. *de annuis* 33. 1 dice: « *Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda neque omnimodo observanda est, sed interventu iudicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci* ».

ciò pregiudicato può ritogliere all'onerato quanto questi ha ricevuto in base alla fattagli elargizione[6].

3. Divieto d'alienazione delle cose lasciate, statuizione d'una speciale amministrazione in proposito, limitazione nella spesa o statuizione d'un determinato modo di spesa. Il divieto d'alienazione delle cose lasciate ha valore giuridico solamente in base ad una particolare statuizione fatta dal testatore, in ispecie[6a] se esso vada congiunto ad un ordine di trasmessione ad una terza persona; in questo caso l'alienazione è nulla[7]. La statuizione d'una particolare amministrazione per le cose lasciate e, congiuntamente a questa, la negata facoltà di disposizione dell'onorato, ha efficacia giuridica sia dal punto di vista della tutela, sia da quello dell'esecuzione del testamento[8]. Per questa via il testatore può anche ottenere che le cose lasciate si spendano o non si spendano in una determinata maniera[9]; astraendo da ciò, un tale obbligo o limitazione di spesa è soltanto efficace secondo il diritto della presupposizione[10].

---

(6) V. § 636 nota 2*b*.

(6*a*) È invalida la disposizione, che le cose lasciate debbano essere sottratte alla persecuzione dei creditori. Seuff., *Arch.* XL. 213. V. inoltre Seuff., *Arch.* XXXIV. 314 (limitazione alla legittima pel caso d'alienazione).

(7) V. I § 172*a* nota 5, III § 648 Num. 4. Cfr. però anche Brinz 1ª ed. p. 1106 sg.

(8) V. II § 446 nota 9, III § 567 nota 6 sg. In proposito vengono però in considerazione anche i principî del diritto degli eredi necessari. cfr. § 582 nota 2, § 583 nota 6 sg. Di questo caso tratta in particolare l'articolo sopra citato allo *; v. inoltre Linde, *Riv. pel dir. e per la proc. civ.* V p. 253 sg.

(9) Assai ovvia è specialmente la statuizione che, fino ad un certo momento o fino all'avverarsi d'una certa eventualità, i frutti debbano conglobarsi al capitale. Statuizione che le cose lasciate non possano perseguirsi dai creditori dell'onorato: Mühlenbruch, *Cont. del Glück* XXXVII p. 447, Seuff., *Arch.* XV. 139, XXX. 43, XXXI. 251; di div. op. *ib.* III. 86, XXXII. 155. Cfr. *ib.* IX. 318.

(10) Note 2. 3. 6. Ma anzitutto è da por mente, se il testatore abbia anche effettivamente avuta l'intenzione d'imporre una costrizione, e non piuttosto, di impartire un semplice consiglio o di dare altre istruzioni non obbligatorie. V. l. 71 pr. D. *de cond.* 35. 1, l. 88 § 3 D. *de leg.* II°, e cfr. l. 2 § 7 D. *de don.* 39. 5, l. 13 § 2 D. *de don. i. v. e. u.* 24. 1.

FINE DEL VOL. III ED ULTIMO DELLA TRADUZIONE.

(Seguirà vol. III, parte 2ª, note).

INDICE

(Vol. III, parte 1ª)

LIBRO SESTO

IL DIRITTO EREDITARIO

Capitolo I. — **Generalità.**

Capitolo II. — **Della vocazione all'eredità.**

CAPITOLO III. — Dell'acquisto dell'eredità.

CAPITOLO IV. — Il rapporto giuridico dell'erede.

CAPITOLO V. — **Il legato.**

CAPITOLO VI. — Appendici.